Notstand und Schuldgedanke im Strafrecht.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Karl Rabe.

BRESLAU 1931
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Wegner.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung

§ 1 Das Notstandsproblem, seine Bedeutung, sein Inhalt und Umfang, Terminologie 1
§ 2 Notstand und Rechtswidrigkeit 8

Notstand und Schuld.

§ 3 I. Das Schuldproblem 17
§ 4 II. Notstand und Unzurechnungsfähigkeit 32
§ 5 III. Notstand und Vorsatz 40
§ 6 IV. Notstand und Fahrlässigkeit 52
§ 7 V. Die endgültige Normierung des Notstandes als Entschuldigungsgrund 63

Schluß

§ 8 Der strafrechtliche Notstand de lege ferenda und seine Bedeutung für die Lösung 73

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl., 1922 von Hugo Meyer.

Bar, von: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, „Die Befreiung von Schuld und Strafe." 1909.

Baumgarten: Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen 1913.
— Notstand und Notwehr, Tübingen 1911.

Beling, Ernst: Grundzüge des Strafrechts, 8./9. Afl., 1925.

Berg, Otto: Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht, in Strafr. Abhandl. Heft 220.

Binding, Karl: Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., 1885.
— Grundriß des deutschen Strafrechts, allgem. Teil. 8. Aufl. 1913.
— Die Normen und ihre Uebertretung. I. Bd.: „Normen und Strafgesetz", 3. Aufl. 1916. II. Bd.: „Schuld, Vorsatz", 1. Hälfte: „Zurechnungsfähigkeit, Schuld", 2. Aufl. 1914; 2. Hälfte: „Der rechtswidrige Vorsatz", 2. Aufl. 1916.
— Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919.

Calker, von, Fritz: Strafrecht, 3. Aufl. 1927.

Dohna, Graf zu: Recht und Irrtum. Heidelberg 1925.
— Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.
— Zum neuesten Stande der Schuldlehre in Z. Bd. 32, S. 323.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl. 1929.

Engisch, Karl: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.

Entwürfe:
a) Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1921, 2. Teil: Entwurf von 1919; 3. Teil: Denkschrift zu diesem Entwurf.
b) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Berlin 1925, I. Teil: Entwurf, II. Teil: Begründung.
c) Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches vom 14. Mai 1927.

Ferneck, Hold, von: Die Rechtswidrigkeit. I. Bd.: „Der Begriff der Rechtswidrigkeit", 1903; II. Bd., 1. Abt.: „Notstand und Notwehr", 1905.
— Die Schuld im Recht und in der Moral in Z. 32, S. 249.

Finger, August: Bemerkungen zum Schuldbegriff im GS. 72 S. 249.

Fischer, Hans Albrecht: Die Rechtswidrigkeit. München 1911.

Frank, Reinhard: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 16. Aufl. 1925, 18. Aufl. 1929.
— Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs. Gießen 1907.

Freudenthal, Berthold: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Tübingen 1922.

Gerland, Heinrich: Deutsches Reichs-Strafrecht, 1922.

Goldschmidt, James: Der Notstand, ein Schuldproblem. Wien 1913.

— „Normativer Schuldbegriff" in der Festgabe für Reinhard Frank. Tübingen 1930, S. 428 ff.

Großmann, Hans: Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, in Hamburg. Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Heft 6, 1924.

Grünhut, M.: Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft in der Festgabe f. Reinh. Frank. 1930, S. 1 ff.

Heimberger: Ausschluß der Rechtswidrigkeit und Verwandtes in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Leipzig 1926.

Heinitz, Ernst: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, in Strafr. Abhandl., Heft 211.

Hippel, R. von: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum in Vgl. Darst., Allgem. Teil. Bd. III S. 573 ff.

— Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf von 1925 in Z. 47 S. 18 ff.

Kohlrausch: Der allgemeine Teil des Entwurfes 1925, in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Leipzig 1926.

Kriegsmann: Literaturbericht zu Goldschmidt: Der Notstand ein Schuldproblem in Z. 35 S. 316.

Liepmann: Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zum Strafgesetzentwurf von 1921, in Hamburg. Schriften zur ges. Strafrechtswiss. Heft 2.

Liszt, Eduard von: Vorlesungen über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts. Graz 1925.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927.

Mannheim, Hermann: Der Maßstab der Fahrlässigkeit im Strafrecht, in Strafr. Abhandl. Heft 157.

Marcetus, Karl: Der Gedanke der Zumutbarkeit und seine Verwandlung in den amtlichen Entwürfen eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 und 1927, in Strafr. Abhandl. Heft 243.

Mayer, Max Ernst: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1923.

Mittermaier: Ueber den Begriff Verbrechen in Z. 44 S. 2.

Merkel-Liepmann: Die Lehre vom Verbrechen und Strafe. Stuttgart 1912.

Merkel, Paul: Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum in JW. 1925 I, S. 893.

Mezger, Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente in GS. 89 S. 207.

Nagler, Johannes: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, i. d. Festg. f. Reinh. Frank, Tübingen 1930 S. 339 ff.

Oetker, Friedrich: Notwehr und Notstand, in Vgl. Darst. allgem. Teil, Bd. II., S. 255 ff.

— Notwehr und Notstand i. d. Festg. f. Reinh. Frank, Tübingen 1930, S. 359 ff.

Olshausen, J. von: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Aufl. 1927.

Radbruch, Gustav: Ueber den Schuldbegriff in Z. 24 S. 333.

Notstandshandlung und ihre Straflosigkeit mit der Unwiderstehlichkeit des menschlichen Selbsterhaltungstriebes zu begründen versucht. Dieser Trieb steht seiner Ansicht nach rechtfertigend neben allen Strafgesetzen und daher könne im Falle einer Gefahr für Leib oder Leben nicht nur in fremde Sach- oder Eigentums-, sondern auch in fremde Lebensgüter verletzend eingegriffen werden; ja, auch zur Rettung eigener Sach- oder Eigentumsgüter hält er gegebenenfalls, nämlich dann, wenn eine gewisse Verhältnismäßigkeit des Wertes der gegenüberstehenden Güter gegeben ist, eine Notstandshandlung für zulässig.

Von den notstandsrechtlichen Erklärungen der späteren Zeit sind besonders die der drei Rechtsphilosophen Kant, Fichte, Hegel und die des Kriminalisten Feuerbach von Bedeutung. Denn diese drei Erklärungen bilden im wesentlichen den Ausgangspunkt und die Grundlage aller späteren Notstandstheorien.

Nach Kant[4]) ist die zur Rettung von Leib oder Leben ausgeführte Notstandshandlung, und zwar ohne Unterschied, ob sie in fremde Sach- oder Lebensgüter eingreift, zwar nicht unsträflich (non inculpabile), wohl aber unstrafbar (impunibile) oder auch subjektiv straflos, wobei allerdings der Charakter dieser subjektiven Straflosigkeit nicht genau feststellbar ist, ob sie nämlich im heutigen Sinne gesprochen die Beseitigung des allgemeinen Deliktsmerkmals der Schuld oder nur eine Straflosigkeit aus besonderen, außerhalb von Rechtswidrigkeit und Schuld liegenden Gründen bedeutet. Der Grund dieser Straflosigkeit liegt ähnlich wie bei Pufendorf in der Unwiderstehlichkeit des Selbsterhaltungstriebes, der die Aufstellung einer Forderung zur Unterlassung der Nottat illusorisch mache: Eine Not, die Unrecht objektiv gesetzmäßig macht, gibt es nicht.

Im Gegensatz zu dieser subjektiven Erklärung Kants hat Fichte[5]) die Notstandshandlung und den Notstand objektiv zu erklären versucht. Nach ihm ist die Notstandshandlung rechtmäßig oder, genauer gesagt, nicht rechtswidrig, ohne daß jedoch ein Recht zur Notstandshandlung besteht. Als innerer Grund der Notstandshandlung und ihrer Straflosigkeit wird sowohl die Aufhebung des allgemeinen

4) Metaphysische Antangsgründe der Rechtslehre, Anhang zur Einleitung in die Rechtslehre.

5) Grundlagen des Naturrechts 1. S. 85 ff. und Rechtslehre S. 115.

Rechtszustandes wie die Unwiderstehlichkeit des Selbsterhaltungstriebes angeführt.

Noch einen Schritt weiter in der Erklärung der Notstandshandlung ist Hegel[6]) gegangen, der im Gegensatz zu Kant und Fichte die Existenz eines unmittelbaren Rechtes zur Notstandshandlung festgestellt hat, wobei allerdings nicht übersehen werden darf, daß Hegel die Betrachtung des Notstandes im wesentlichen auf Eingriffe in fremde Sach- oder Eigentumsgüter eingeschränkt hat. Der Grund dieses Notrechts soll in der „Besonderheit der Interessen des natürlichen Willens in ihre einfache Totalität zusammengefaßt" und des Daseins überhaupt liegen, denen gegenüber das beschränkte Recht des Einzelnen zurücktreten müsse.

Noch anders hat schließlich Feuerbach[7]) die Straflosigkeit des Notstandes zu erklären versucht, indem er nämlich den Grund dieser Straflosigkeit in der Unentziehbarkeit des von der Gefahr ausgehenden suggestiven Zwanges erblickte. Durch diesen wird seiner Meinung nach das normale Gleichgewicht des Seelenzustandes gestört und diese Störung bedeute die Aufhebung der freien Willensbestimmung und damit der Zurechenbarkeit der Tat oder der Schuld[8]) überhaupt. Unzurechenbarkeit oder Willensunfreiheit, das ist das Kennzeichen der notstandsrechtlichen Erklärung Feuerbachs, eine Erklärung, die im Laufe der Zeit zu der Theorie führte, daß Notstand die Zurechnungsfähigkeit beseitige.

Zu ihrer eigentlichen Bedeutung gelangte jedoch die Frage nach der Rechtsnatur und der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes erst in neuerer und neuester Zeit mit der Begründung einer modernen Verbrechenslehre und der Zerlegung des allgemeinen Verbrechensbegriffes in die drei Elemente der Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Seit dieser Zeit kann man erst von einem wirklichen Problem des Notstandes sprechen. Denn mit dieser Zerlegung des Verbrechensbegriffes in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld war zum ersten Male die Möglichkeit einer systematischen Abgrenzung und Formulierung des Notstandsproblems gegeben, insofern als

6) Grundlagen der Philosophie des Rechts § 127.
7) Lehrbuch § 89, 90, 90 a und 91.
8) So später insbes. Hold von Ferneck „die Rechtswidrigkeit", 2. Band, 1. Abt. „Notst. u. Notw." S. 106, 109, 116.

der Grund für die Straflosigkeit der Notstandshandlung nunmehr entweder nur noch in der Rechtmäßigkeit oder Rechtfertigung der Nottat[9]) oder aber der Schuldlosigkeit oder Entschuldigung des Nottäters[10]) oder aber schließlich in besonderen Umständen außerhalb der allgemeinen Verbrechenselemente der Rechtswidrigkeit und Schuld[11]) liegen konnte. Eine dieser drei Möglichkeiten mußte die Lösung des Notstandsproblems enthalten; andere als diese drei Erklärungsmöglichkeiten gab es logisch und systematisch nicht. Und die Folge dieser Erkenntnis war, daß alsbald eine Fülle neuer Notstandstheorien und Notstandserklärungen entstand, Gesetzgebung und Rechtsprechung sich mit notstandsrechtlichen Betrachtungen befaßten und das Notstandsproblem auf eine völlig neue Grundlage gestellt wurde. Und wenn auch allen diesen Bemühungen ein gewisser Erfolg nicht abzusprechen ist, insofern als sie nämlich zu einer Sammlung, Abgrenzung und Klärung der gedanklichen Voraussetzungen des Notstandsproblems und zu einzelnen Teillösungen geführt haben: eine restlose und allseitig befriedigende Lösung des Notstandsproblems ist bis jetzt noch nicht gelungen; die Frage nach dem Rechtsgrund oder der Straflosigkeit der Notstandshandlung bildet auch heute noch ein Problem und wird es solange bilden, als zwei andere große, allgemeinstrafrechtliche Probleme bestehen: die beiden Probleme der Rechtswidrigkeit und Schuld.

Rechtswidrigkeit und Schuld, das sind die beiden Bestimmungs- oder Angelpunkte des Notstandsproblems. Die Rechtswidrigkeit als Wert- oder Unwerturteil über die Tat; die Schuld als Wert- oder Unwerturteil über den Täter. Zwischen beiden steht als drittes, Sonderproblem die Frage nach der Rechtsnatur oder der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes.

---

9) So gegenwärtig nur noch: Allfeld § 26, S. 130; Freudenthal „Schuld und Vorwurf" S. 17; Gerland § 42 S. 115 und Entwurf von 1919; ferner Mezger im GS. 89, S. 311/313.

10) So besonders M. E. Mayer, Kap. 7 A. I, 1, S. 300 ff.; Frank, Aufbau S. 6 und Komm. § 54 II; Wegner JR. 1925, S. 578 ff.; Liszt-Schmidt §34, S. 189 ff.; das Reichsgericht (siehe Komm. von Ebermayer-Lobe-Rosenberg, § 54, Ziff. 1 und Entscheidung 61, 241) und viele andere.

11) So früher namentlich Olshausen § 54, 3; Beling, Grundzüge (1925) und das Reichsgericht (siehe hierzu RG. 57, 268).

Hierin, in diesem entweder positiven oder negativen Verhältnis des Notstandes zu den beiden allgemeinen Verbrechenselementen der Rechtswidrigkeit und Schuld liegt die Eigenart und Bedeutung des Notstandsproblems, zugleich aber auch die Schwierigkeit seiner Lösung. Denn wie soll man ein Problem lösen, wenn seine gedanklichen Grundlagen oder Voraussetzungen selbst noch ungeklärt und problematisch sind? Wie soll man feststellen, ob die Notstandshandlung rechtmäßig oder rechtswidrig, der Nottäter schuldlos oder schuldhaft oder schließlich der Notstand ein Straflosigkeitsgrund besonderer Art ist, wenn die Begriffe der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, Schuld und Schuldlosigkeit selbst noch nicht feststehen? Und so ergibt sich denn als erste und unerläßlichste Voraussetzung jeder strafrechtlichen Betrachtung des Notstandes die einer näheren Bestimmung und Abgrenzung der Begriffe Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit, Schuld und Schuldlosigkeit. Ohne eine Feststellung dessen, was rechtswidrig und rechtmäßig ist, keine Möglichkeit die rechtliche Qualität der Notstandshandlung festzustellen und ohne eine klare Antwort auf die Frage, was Schuld und Schuldlosigkeit, keine Beantwortung der Frage, ob der Nottäter schuldlos oder schuldhaft handelt. Nur im engsten Zusammenhang mit den beiden Problemen der Rechtswidrigkeit und Schuld kann das Problem der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes gelöst werden.

Neben dieser inhaltlichen oder materiellen Voraussetzung steht jedoch noch eine andere, äußere oder formelle Voraussetzung. Sie betrifft den Begriff oder den Sprachgebrauch des Wortes „Notstand", insofern als dieser nämlich nicht ganz einheitlich und gleichmäßig ist, sondern in verschiedener Richtung variiert. Bald versteht man unter dem Begriff Notstand einen Zustand, bald eine aus diesem Zustand hervorgegangene Handlung; bald wird das Wort Notstand im allgemeinen Sinne zur Bezeichnung eines abstrakten Tatbestandes, bald im konkreten Sinne mit Bezug auf einen einzelnen Notstandsfall gebraucht. Bald spricht man von einem zivilrechtlichen, bald von einem strafrechtlichen Notstand und schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß auch dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht der Begriff des Notstandes nicht ganz fremd ist. Kurz, der Begriff des Notstandes ist ein sehr vielfältiger, so daß sich als erste, vor jeder anderen zu erledigenden

Maßnahme die einer Klärung und Fixierung des Begriffs und Sprachgebrauchs des Wortes Notstand ergibt.

In dieser Hinsicht ist nun folgendes zu sagen:

Was zunächst die Frage anbetrifft, ob man unter dem Begriff Notstand einen Zustand, eine Handlung oder gar beides verstehen soll, so erscheint es zweckmäßiger und dem Sinn des Wortes Notstand entsprechender, wenn man sich für die erste Möglichkeit entscheidet und den Begriff des Notstandes auf die Kennzeichnung eines Zustandes beschränkt. Die aus diesem Zustand hervorgehende Handlung stellt sich dann als Notstandshandlung dar, wobei man wiederum zwischen der abstrakten, gegenwärtig in der Bestimmung des § 54 StGB. vertatbestandlichten Notstandshandlung und der einzelnen konkreten Notstandshandlung, der Nottat zu unterscheiden hat. Im übrigen kann man im allgemeinsten und weitesten Sinne unter dem Wort Notstand jeden Zustand verstehen, in dem Rechtsgüter oder rechtlich geschützte Interessen der Gefahr drohender Verletzung oder Schädigung ausgesetzt sind und diese Verletzung oder Schädigung nur durch die Verletzung oder Beschädigung anderer Rechtsgüter oder Interessen abgewendet werden kann. Abwehr drohenden Schadens durch Verletzung oder Beschädigung anderer Rechtsgüter oder rechtlich geschützter Interessen, Schadensabwälzung, das ist die eigentliche und allgemeinste Bedeutung des Wortes Notstand. Und je nachdem nun, welcher Art die Gefahr oder Gefahrenquelle, das gefährdete Rechtsgut oder Rechtsinteresse, die Abwehrhandlung und das Verhältnis dieser Merkmale zueinander und zum Nottäter ist, kann man verschiedene Arten oder Fälle solcher Schadensabwälzung unterscheiden.

Besteht die Gefahr in dem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff eines Menschen gegen einen anderen Menschen und die Nottat in der Abwehr dieses Angriffes, so liegt ein Fall des § 53 StGB. oder 227 BGB. vor, der allseitig als Notwehr bezeichnet wird. Notwehr ist seinem ganzen Inhalt und Zweck nach nichts anderes, als ein Sonderfall des Notstandes im allgemeinen Sinne des Wortes[12]).

Geht die Gefahr von einer fremden Sache aus und besteht die Abwehrhandlung in der Beschädigung oder Zer-

12) So auch Olshausen, § 54, Ziff. 2; ähnlich Frank, Vorbemerkungen zu § 52—54.

störung eben dieser gefährlichen Sache (§ 228 BGB.), so handelt es sich um einen Fall, der Sachwehr oder des Sachnotstandes, der nach seiner gesetzlichen Grundlage auch zivilrechtlicher Notstand genannt wird.

Besteht die Gefahrenlage darin, daß ganz allgemein irgendein Rechtsgut von irgendeiner Seite aus bedroht ist und daß die Abwehr der Bedrohung nur mit Hilfe einer Einwirkung auf fremdes, neutral sich verhaltendes Eigentum möglich ist, so ist der Tatbestand des § 904 BGB. gegeben, der als Sachhilfe oder Nothilfe oder ebenfalls als zivilrechtlicher Notstand bezeichnet wird.

Und schließlich: ist die Notlage derart, daß Leib oder Leben des Nottäters oder eines seiner Angehörigen bedroht ist, ohne daß es sich dabei um einen rechtswidrigen Angriff eines Menschen handelt, so liegt ein Notstand im Sinne des § 54 StGB. vor, für den die Bezeichnung „strafrechtlicher Notstand" die allgemein übliche ist.

Und dieser letzte Fall des Notstandes ist es nun, der den Gegenstand des sogenannten strafrechtlichen Notstandsproblems und damit der vorliegenden Untersuchung bildet. Alle übrigen Fälle oder Arten des Notstandes sind in ihrer strafrechtlichen Bedeutung im großen Ganzen geklärt und bieten keine größeren strafrechtlichen Probleme mehr. Nur dieser letzte Fall des Notstandes bedarf noch der Aufklärung und Untersuchung. Dabei ist es wiederum weniger das Verhältnis dieses strafrechtlichen Notstandes zum Begriff der Rechtswidrigkeit, — obwohl auch in dieser Hinsicht noch Streit besteht — auch nicht seine Stellung als besonderer Straflosigkeitsgrund, als vielmehr seine Beziehungen zur Schuld und Schuldlosigkeit, die im Mittelpunkt der strafrechtlichen Erörterungen und Auseinandersetzungen stehen und daher soll auch im folgenden nach einer kurzen Betrachtung des Verhältnisses von Notstand und Rechtswidrigkeit das Hauptaugenmerk der Untersuchung auf diese Seite des Notstandsproblems gelegt werden.

§ 2.
Notstand und Rechtswidrigkeit.

Die Frage, die es in diesem Teil der Untersuchung zu beantworten gilt, ist soeben mehrfach angedeutet worden. Sie lautet, um sie hiermit endgültig zu formulieren: Ist die im Tatbestand des § 54 StGB. abstrahierte Notstandshandlung[13]) rechtswidrig oder rechtmäßig, der strafrechtliche Notstand ein Rechtfertigungsgrund oder nicht?

Auch die Voraussetzung für die Beantwortung dieser Frage ist bereits festgestellt worden; sie besteht in einer Erörterung und Stellungnahme zu der gleichfalls noch strittigen Frage der Rechtswidrigkeit. Ohne eine wenigstens annähernde Feststellung dessen, was rechtswidrig oder rechtmäßig, keine Möglichkeit die positive oder negative Rechtfertigungsnatur des Notstandes zu bestimmen.

Das erste, was es in dieser Hinsicht festzustellen gilt, ist, daß die beiden Begriffe der Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit als Ausdrucksformen eines objektiven Wert- oder Unwerturteils über eine tatbestandsmäßige Handlung zwei kontradiktorische Begriffe sind, d. h. Begriffe, die zusammen den Umfang des höheren oder Gattungsbegriffes ausfüllen und daher in einem Verhältnis der Ausschließlichkeit und Umkehr zueinander stehen. Alles, was nicht rechtswidrig ist, ist rechtmäßig und alles, was nicht rechtmäßig ist, ist rechtswidrig. Eine Handlung muß entweder rechtswidrig oder rechtmäßig sein. Eine dritte Kategorie rechtlicher Qualität oder Beurteilung einer Handlung gibt es nicht[14]).

13) Auf diese positivrechtliche Erscheinungsform des Notstandes wird man vorläufig alle Betrachtungen abstellen müssen. Erörterungen über die Frage der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit dieser Form, der Notwendigkeit einer anderen und deren Verhältnis zu Rechtswidrigkeit und Schuld sind Erörterungen abgeleiteter Art, die, weil sie nur Bedeutung de lege ferenda haben, zweckmäßiger Weise an den Schluß der Betrachtung zu stellen sind. Ihre Einbeziehung in die positivrechtlichen Betrachtungen würde nur die Gefahr der Unklarheit und Verwirrung mit sich bringen.

14. Hellmuth von Weber „das Notstandsproblem“ § 1 S. 3 und Sauer, Seite 236.

Eine solche würde dem ersten und wichtigsten Zweck der Rechtsordnung, das gesamte äußere Verhalten der Rechtsunterworfenen zu regeln, zumindesten aber zu ihm Stellung zu nehmen, sei es in einem ablehnenden oder duldenden Sinne, widersprechen[15]).

Die praktische Konsequenz dieser Tatsache ist, daß, wenn man sich mit der Bestimmung und Abgrenzung dieser beiden Begriffe Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit zu befassen hat, man sich im wesentlichen mit der Bestimmung und Abgrenzung eines dieser beiden Begriffe begnügen kann. Aus der Umkehr oder Negation des einen ergibt sich dann der Inhalt des anderen. Da der Begriff der Rechtswidrigkeit als Verbrechenselement und Strafvoraussetzung der praktisch wichtigere ist, so soll auch im folgenden die Untersuchung im wesentlichen auf diesen Begriff abgestellt werden.

Die zweite Feststellung, die es bei einer Beantwortung der Rechtswidrigkeitsfrage zu treffen gilt, ist die, daß die Zahl der Theorien und Erklärungsversuche, die sich im Laufe der Zeit um den Begriff der Rechtswidrigkeit entwickelt haben, außerordentlich groß ist, fast ebenso groß wie die Zahl der später um den Begriff der Schuld entstandenen Theorien, und daß diese Theorien in teilweise heftigem Gegensatz zueinander stehen.

Und doch, so zahlreich alle diese Theorien und Erklärungsversuche sind und so sehr sie im einzelnen voneinander abweichen, im großen Ganzen lassen sie sich sämtlich zu zwei Theoriengruppen oder allgemeineren Erklärungsversuchen zusammenfassen. Es gibt überhaupt nur zwei Möglichkeiten einer Erklärung des Begriffes Rechtswidrigkeit[16]).

Die eine besteht darin, daß man von den äußeren Erscheinungsformen der Rechtsordnung ausgeht, den einzelnen Tatbeständen und Gesetzesbestimmungen, in ihnen Anforderungen oder sogenannte Verhaltensnormen und zwar Ge- und Verbote der Rechtsordnung an die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft erblickt oder aus ihnen zu folgern

15) Aus diesem Grunde kann auch die neuerdings in der Festgabe für Reinhard Frank I S. 340/41 ausgesprochene Ansicht Naglers, daß es noch eine Kategorie des rechtlich Neutralen oder Indifferenten gibt, nicht beigepflichtet werden.

16) Siehe hierzu und zum folgenden: M. E. Mayer 4. Kap. A I 1, S. 175 ff., A I 2, S. 181; ferner Liszt-Schmidt § 32, S. 172.

sucht, und alles, was diesen Anforderungen widerspricht, als rechtswidrig betrachtet. Rechtswidrigkeit ist dann Norm- oder Ge- oder Verbotswidrigkeit[17]) und Rechtmäßigkeit das, was nicht norm- oder ge- oder verbotswidrig ist.

Die andere Erklärungsmöglichkeit ist die, daß man weniger auf die äußeren Erscheinungsformen des Rechts, als auf seine materiellen Grundlagen und Voraussetzungen, weniger auf die einzelnen Gesetzesbestimmungen und Tatbestände und die in ihnen zum Ausdruck kommenden Verhaltensnormen als auf die Gesamtheit und den Zweck der Rechtsordnung als einer vernünftigen Regelung der äußeren menschlichen Lebensgemeinschaft[18]) abstellt und hier die Maßstäbe für eine objektive Beurteilung einer Handlung zu gewinnen versucht. Und je nachdem nun, welche materiellen Grundlagen der Rechtsordnung man in den Vordergrund stellt und worin man den Schwerpunkt der menschlichen Lebensgemeinschaft erblickt, ob mehr in den kulturellen oder den sozialen oder den rein rechtlichen Verhältnissen, kommt man dazu, Rechtswidrigkeit entweder als eine rechtlich orientierte Kulturwidrigkeit[19]) oder als eine Sozialschädlichkeit[20]) oder rein rechtlich und teleologisch als rechtliche Zweckwidrigkeit[21]) oder als ein Ueberwiegen der schädlichen über die nützlichen Momente[22]) anzusehen oder dergleichen mehr, und Rechtmäßigkeit umgekehrt als das, was weder kulturwidrig noch sozialschädlich noch rechtlich zweckwidrig ist oder für die Gesamtheit mehr nützlich als schädlich.

Jedenfalls, wie dem auch im einzelnen sei: auf eine dieser beiden Erklärungsmöglichkeiten oder Betrachtungsweisen läßt sich jede der zahlreichen Rechtswidrigkeitstheorien zurückführen, eine dieser beiden Möglichkeiten oder Betrachtungsweisen wird man auch im folgenden bei der Beurteilung der rechtlichen Qualität der strafrechtlichen Notstandshandlung zugrunde legen müssen. Dabei ist es nun vollkommen gleichgültig, für welche der beiden Möglichkeiten oder Betrachtungsweisen man sich entschei-

17) So besonders: Binding „die Schuld im deutschen Strafrecht" § 1, S. 6/7; Allfeld § 24, S. 120; Olshausen, Vorbemerkungen vor §51. S. 252; Frank, Einleitende Bestimmungen I S. 1.
18) Siehe besonders Wegner in „Kriminelles Unrecht usw." S. 54.
19) M. E. Mayer, Kap. 4 A I S. 180.
20) Liszt-Schmidt, § 32 S. 173.
21) Gr. z. Dohna „die Rechtswidrigkeit", S. 48, 53/54.
22) Sauer, Grundlagen, S. 391.

det[23]), ob für die formelle oder materielle, man wird niemals zu dem Ergebnis kommen können, daß die in § 54 StGB. abstrahierte Notstandshandlung rechtmäßig, Notstand also ein Rechtfertigungsgrund ist und zwar aus folgenden Gründen:

Stellt man sich zunächst auf einen formalrechtlichen Standpunkt, dann ist die erste Tatsache, die für die Beurteilung der rechtlichen Qualität der strafrechtlichen Notstandshandlung von Bedeutung ist, die, daß jede solche Notstandshandlung mit der Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestands verbunden ist. Dies ist ein Wesensmerkmal oder Begriffselement des strafrechtlichen Notstandes. Da nun jedem strafrechtlichen Tatbestand eine bestimmte Verhaltensnorm, ein Ge- oder Verbot zugrunde liegt, so ist die weitere Tatsache, die sich aus dieser Tatbestandserfüllung ergibt die, daß jede Notstandshandlung zunächst einmal und generell gegen eine Verhaltensnorm verstößt, mit einer solchen Verhaltensnorm in Widerspruch steht. Diese Tatsache ist, wenn man sich schon einmal für eine formelle Betrachtungsweise des Notstandes entscheidet, unbestreitbar und wird auch von den meisten Vertretern einer solchen Betrachtungsweise

23) Will man sich durchaus für eine der beiden Möglichkeiten oder Betrachtungsweisen entscheiden, so gilt es zu beachten, daß keine der beiden Möglichkeiten oder Betrachtungsweisen in jeder Hinsicht vollkommen ist und allen Ansprüchen einer objektivrechtlichen Beurteilung einer Handlung genügt, sondern jede gewisse Mängel und Unzulänglichkeiten aufweist; die formalrechtliche Betrachtungsweise vor allen Dingen den, daß das formelle Recht sehr oft lückenhaft und unvollständig ist und mit fortschreitender Entwicklung der Lebensverhältnisse und Lebensformen immer unvollständiger und lückenhafter wird, so daß sehr oft nichts anderes übrig bleibt, als auf die Lebensverhältnisse und Lebensformen selbst und den Zweck der Rechtsordnung als einer vernünftigen Regelung dieser Verhältnisse und Formen zurückgreifen. Die materielle Betrachtungsweise hinwiederum hat den Nachteil, daß die einzelnen Lebensverhältnisse und Lebensformen nicht selten schwankend und unbeständig sind, daß sie bisweilen miteinander in Widerspruch stehen, daß die Frage der zweckmäßigen Regelung eine sehr subjektive und relative ist und daß das beste Mittel zur Erkenntnis des allgemeinen Werturteils der Rechtsordnung über eine Handlung sehr oft die gesetzlichen Ausdrucksformen sind, insofern als man nämlich mit gewisser Sicherheit annehmen kann, daß die Rechtsordnung eine Handlung nur dann in einem mit einer unangenehmen Rechtsfolge verbundenen Tatbestand abstrahiert, wenn sie diese Handlung für rechtswidrig oder rechtsschädlich hält, und daß sie die Ausnahme hiervon ebenfalls in einer gesetzlichen Form zum Ausdruck bringen wird. (Hierzu M. E. Mayer, Kap. 1 B II 3 S. 51 und Liszt-Schmidt, § 32 B I S. 175).

nicht bestritten. Wenn trotzdem verschiedene Vertreter einer solchen Betrachtungsweise zu dem Ergebnis der Rechtmäßigkeit der strafrechtlichen Notstandshandlung oder der Rechtfertigung des Notstandes[24]) gekommen sind, so liegt dies an folgender allgemeiner, nicht nur im Falle des Notstandes angewandter Argumentation: Gewiß, so wird gesagt, an und für sich und in der Regel bedeutet jede Tatbestandserfüllung Verletzung oder Zuwiderhandlung gegen eine Norm. Eine solche Verletzung oder Zuwiderhandlung ist jedoch in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, sei es deswegen, weil ein besonderes Recht zur Verletzung der Verhaltensnormen gegeben wird oder die generell erlassenen Verhaltensnormen zurückgezogen oder für diese Fälle gar nicht erst erlassen werden[25]). So auch im Falle des Notstandes. Im Falle des Notstandes ist ein besonderes Recht zur Verletzung der Verhaltensnormen gegeben, werden die generell erlassenen Verhaltensnormen zurückgezogen[26]) oder solche Verhaltensnormen gar nicht erst erlassen und deshalb ist die strafrechtliche Notstandshandlung rechtmäßig und Notstand ein Rechtfertigungsgrund[27]).

Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit diese Art der Rechtfertigung oder der Feststellung der Rechtmäßigkeit einer Handlung Anspruch auf allgemeine Gültigkeit hat oder nicht. Für den Fall des strafrechtlichen Notstandes ist sie jedenfalls unzutreffend und unbegründet und zwar deshalb, weil die Voraussetzung dieser Rechtfertigung oder Feststellung unzutreffend, zumindesten nicht nachweisbar ist. Wo wird in der heutigen Rechtsordnung, insbesondere der Strafrechtsordnung, in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht, daß im Falle des Notstandes ein Recht auf Verletzung der Verhaltensnormen gegeben ist oder generell erlassene Normen nicht oder nicht mehr bestehen oder wie die Argumentationen der Vertreter einer objektiven und formellen Erklärung des Notstandes sonst lauten? Die Antwort, die auf diese Frage zu geben ist, lautet und muß lauten: Nirgends. Nirgendswo in der gesamten heutigen Rechtsordnung existiert auch nur irgend-

24) S. Allfeld, § 24 III, IV, S. 122.
25) Binding, Normen I § 20, S. 127—131.
26) So neuerdings noch Oetker in der Festgabe für Reinh. Frank I, S. 367/68.
27) Aehnlich: H. A. Fischer, S. 241; Gerland, § 42, S. 115 u. a.

eine Bestimmung oder irgendein Anhaltspunkt dafür, daß im Falle des strafrechtlichen Notstandes generell erlassene Normen nicht oder nicht mehr bestehen oder ein Recht zur Verletzung dieser Normen gegeben wird. Eine derartige Annahme entbehrt jeder sicheren Grundlage und läßt sich vor allem mit formellen Mitteln in keiner Weise rechtfertigen. Denn der einzige formelle Anhaltspunkt, den die Rechtsordnung bezügl. der Rechtsnatur des strafrechtlichen Notstandes bietet, ist die die Rechtsfolge regelnde Bestimmung des § 54 StGB., daß im Falle des Notstandes eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist. Aus dieser Bestimmung lassen sich jedoch nur zwei Schlußfolgerungen ziehen: die eine mit unwiderleglicher Gewißheit, nämlich die, daß die strafrechtliche Notstandshandlung straflos, Notstand ein Straflosigkeitsgrund ist (diese Tatsache ist nichts Neues; sie stand von Anfang an fest und bildete ja gerade den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung); die andere mit gewisser Wahrscheinlichkeit, daß nämlich im Falle des Notstandes ein generelles Verbrechenselement zum Fortfall kommt bezw. fehlt, Notstand nicht nur ein besonderer Straflosigkeitsgrund ist. Denn dort, wo der Gesetzgeber einen besonderen Straflosigkeitsgrund — sei es persönlicher oder sachlicher Art — normieren wollte, hat er stilistisch andere Wendungen benutzt, wie etwa die: der Täter bleibt straflos, die Handlung ist nicht strafbar u. ä. m. Mit dieser letzten Schlußfolgerung, daß der Notstandshandlung ein generelles Verbrechenselement, nämlich entweder Rechtswidrigkeit oder Schuld, fehlt, ist jedoch auch noch nichts gewonnen, denn das ist ja gerade die große Frage, die den Gegenstand des Notstandsproblems und der vorliegenden Untersuchung bildet, ob nämlich im Falle des Notstandes die Rechtswidrigkeit oder die Schuld zum Fortfall kommt, der strafrechtliche Notstand ein Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund ist. Und diese Frage läßt sich mit formellen Mitteln, gleichgültig welcher Art, nicht beantworten, weil eben das formelle Recht im Falle des Notstandes versagt, keine Bestimmungen oder Anhaltspunkte bezügl. der Rechtsnatur des strafrechtlichen Notstandes enthält. Diese Frage kann nur mit materiellen Mitteln beantwortet werden und hier ist sie in der Richtung zu beantworten, daß die strafrechtliche Notstandshandlung nicht rechtmäßig, sondern rechtswidrig, Notstand kein Rechtfertigungsgrund ist.

Der Grund hierfür liegt in einem negativen Merkmal des strafrechtlichen Notstandes, nämlich dem Mangel einer objektiven Güter- und Interessenabwägung[28]). Das ist ja gerade das typische Kennzeichen des strafrechtlichen Notstandes und der strafrechtlichen Notstandshandlung, daß sie keine objektive Abwägung oder Abwertung der sich gegenüberstehenden Interessen oder der in Frage kommenden Schäden, des drohenden und des durch die Abwehr anzurichtenden Schadens enthält oder vornimmt, sondern jeden Eingriff in fremde, rechtlich geschützte Interessen, seien es solche individueller oder kollektiver Art, deckt, sofern er nur zum Schutz von Leib oder Leben, vorläufig noch des Täters und eines seiner Angehörigen (dies ist das einzige Merkmal, das den Wert der gegenüberstehenden Interessen in gewisser Weise berücksichtigt) unternommen wird. Innerhalb dieses Rahmens ist jede Notstandshandlung erlaubt oder besser gesagt: straflos. Leben kann auf Kosten der körperlichen Unversehrtheit, die körperliche Unversehrtheit auf Kosten des Lebens gerettet werden; eine schwere Körperverletzung kann mit Hilfe eines leichten körperlichen Eingriffs, eine leichte körperliche Beeinträchtigung mit Hilfe einer schweren Körperverletzung abgewendet werden; oder schließlich ganz allgemein: jedes höherwertige Interesse kann durch Eingriff in ein geringwertiges, jedes geringwertige, sofern man bei einer Gefahr für Leib oder Leben von einem geringwertigen Interesse sprechen kann, durch Eingriff in ein gleich- oder höherwertiges Interesse individueller oder kollektiver Art geschützt werden. Weitgehende Gleichgültigkeit bezüglich des Wertes der sich gegenüberstehenden Interessen, Schadensabwälzung im Falle einer Leibes- oder Lebensgefahr um jeden Preis, das ist das typische Merkmal der strafrechtlichen Notstandshandlung, der Grundgedanke, der in dem Tatbestande des § 54 StGB. zum Ausdruck kommt. Und dieser Grundgedanke ist es, der die Rechtfertigungsqualität des strafrechtlichen Notstandes verneint, die strafrechtliche Notstandshandlung zu einer rechtswidrigen macht. Denn

28) Von dieser objektiven Interessenabwägung ist die subjektive Interessenabwägung, d. h. die Verpflichtung des Täters zur Abwägung der Interessen zu unterscheiden. Diese Verpflichtung berührt lediglich das subjektive Verhältnis des Täters zur Tat und ist daher auch nur hier auf der subjektiven Seite des Notstandes, falls erforderlich, zu erörtern.

dieser Grundgedanke widerspricht nicht nur den staatlich anerkannten Kulturnormen oder den Kulturnormen überhaupt, insofern diese eine möglichst absolute Achtung fremder Rechts- oder Lebenssphäre verlangen, zumindesten aber eine weitgehende Berücksichtigung der verschiedenen Interessen im Falle einer Interessenkollision; er widerspricht nicht nur Erwägungen sozialer Art (denn diese sind stets auf einen Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen bedacht), sondern vor allem auch rein rechtlichen Gesichtspunkten, insofern als nämlich eine allzuhäufige und rücksichtslose Anwendung dieses Grundsatzes zu einem Kampf aller gegen alle, zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit und Lockerung der Rechtsgemeinschaft führen würde. Seine Anerkennung als Straflosigkeitsgrund ist ein durch die menschliche Schwäche bedingtes notwendiges Uebel[29]), das den Täter vielleicht entschuldigen, niemals jedoch die Tat als solche rechtfertigen kann. Und aus diesem Grunde kann Notstand kein Rechtfertigungsgrund sein.

Gewiß, es mag auch Nottaten, d. h. also konkrete Notstandshandlungen, geben, die offensichtlich sämtliche Merkmale des strafrechtlichen Notstands aufweisen und dennoch nicht rechtswidrig, sondern rechtmäßig sind[30]). Es handelt sich um alle die Nottaten, bei denen innerhalb der Grenze des strafrechtlichen Notstandes, d. h. also vorläufig noch des § 54 StGB., ein hochwertiges Rechtsgut oder Interesse auf Kosten eines Minderwertigen gerettet, also z. B. Leben auf Kosten körperlicher Unversehrtheit oder Leib und Leben auf Kosten eines Sachgutes, oder aber ein großer individueller oder allgemeiner Schaden durch Anrichtung eines geringfügigen Schadens abgewendet wird, z. B. eine schwere Körperverletzung durch Zufügung einer leichten körperlichen Beeinträchtigung. Alle diese und ähnliche Nottaten können, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, wohl kaum als den Grundsätzen und Erfordernissen einer rechtlich orientierten Kultur-, Sozial- und Rechtsgemeinschaft widersprechend und daher als rechtswidrig angesehen werden. Sie müssen gemäß der oben getroffenen Feststellung, daß alles, was nicht rechtswidrig rechtmäßig, Rechtmäßigkeit die Negation der Rechtswidrigkeit ist, wohl oder übel als rechtmäßig oder gerechtfertigt gelten. Diese Rechtfertigung ist jedoch eine besondere,

29) Wegner in JR. 1925, S. 579.
30) Siehe hierzu: Gr. z. Dohna „Recht und Irrtum", S. 12.

zusätzliche, die nicht aus dem Tatbestand des § 54 StGB. und dem Gedanken des strafrechtlichen Notstandes, sondern anderen, außerhalb des strafrechtlichen Notstandes liegenden Erwägungen erfolgt, z. B. der in § 228 BGB., dem sogenannten zivilrechtlichen Notstand, vertatbestandlichen Erwägung der objektiven Güter- oder Interessenabwägung. Mit einer solchen objektiven Güter- oder Interessenabwägung hat der strafrechtliche Notstand nichts zu tun[31]) und kann auch niemals etwas zu tun haben, weil eine solche dem Begriff und Wesen des strafrechtlichen Notstandes als dem äußeren Ausdruck einer aus besonderer Not- und Zwangslage entstandenen Gleichgültigkeit gegenüber dem Werte fremder Interessen widersprechen würde. Ob man die allgemeinen Gefahren und Auswüchse, die zweifellos mit einer solchen objektiven Gleichgültigkeit bezüglich des Wertes der gegenüberstehenden Rechtsinteressen verbunden sind, dadurch beseitigen oder wenigstens einschränken kann, daß man dem Täter eine Verpflichtung zu einer gewissen Berücksichtigung der gegenüberstehenden Interessen auferlegt, ist eine andere Frage, die, wie bereits erwähnt, die innermenschliche oder subjektive Seite des Notstandes, das Verhältnis von Notstand und Schuld[32]), berührt und daher dort zu erörtern ist.

Jedenfalls, wie dem auch sei, Tatsache ist, daß der strafrechtliche Notstand, so wie er gegenwärtig in Erscheinung tritt, sowohl rechtswidrige wie rechtmäßige Nottaten deckt, eine weitgehende objektive Indifferenz bezüglich des Wertes der gegenüberstehenden Interessen aufweist und zuläßt und daher kein Rechtfertigungsgrund sein kann. Damit kann die objektive Betrachtung des Notstandes, die Betrachtung des Verhältnisses von Notstand und Rechtswidrigkeit, als abgeschlossen angesehen und die weitaus wichtigere Frage der subjektiven Natur des Notstandes, des Verhältnisses von Notstand und Schuld, einer näheren Untersuchung unterzogen werden.

---

31) Wegner in JR. S. 582.

32) So auch Eberh. Schmidt in „das Reichsgericht u. d. übergesetzl. Notst.", in Z 49 S. 397.

Notstand und Schuld.

§ 3.

I. Das Schuldproblem.

Auch die in diesem Teil der Untersuchung zu beantwortende Frage ist bereits mehrfach angedeutet worden. Sie lautet in ihrer endgültigen Fassung: Ist der strafrechtliche Notstand ein Entschuldigungsgrund oder nicht; oder theoretisch-dogmatisch gesprochen: Ist der Nottäter, so wie er sich nach dem objektiven und subjektiven Tatbestand des § 54 StGB. darstellt (denn auch hier ist die Betrachtung zunächst auf die positivrechtliche Erscheinungsform des Notstandes oder des Nottäters abzustellen), als schuldhaft oder schuldlos anzusehen; weist er sämtliche Merkmale der Schuld auf oder fehlt ihm eins dieser Merkmale? Denn nur dann kann er schuldlos und Notstand ein Entschuldigungsgrund sein.

Die Voraussetzung für die Beantwortung dieser Frage ist eine ähnliche wie die des vorhergehenden Abschnitts der Untersuchung. Ebenso wie es dort galt, zunächst einmal zum Begriff der Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit Stellung zu nehmen, muß hier zunächst einmal der Begriff der Schuld und Schuldlosigkeit, d. h. also das Schuldproblem, erörtert werden. Der Unterschied ist nur der, daß das Schuldproblem noch weitaus umfangreicher und ungeklärter ist als die Frage der Rechtswidrigkeit. Die Frage der Rechtswidrigkeit war im Laufe der Zeit wenigstens zu einer gewissen Klärung gelangt, insofern als man nämlich über das Gebiet, innerhalb dessen Bereich der Begriff der Rechtswidrigkeit liegen kann, im großen Ganzen einig geworden ist, Rechtswidrigkeit nämlich, wie oben ausgeführt[33]), entweder Normwidrigkeit oder Widerspruch mit den materiellen Grundlagen und Erfordernissen der Rechtsordnung sein kann. Bei dem Problem der Schuld ist jedoch noch nicht einmal dieses Gebiet abgegrenzt, das für eine Bestimmung des Schuldbegriffs in Frage kommt. Der Be-

33) S. 9 und 10.

griff der Schuld ist seinem ganzen Inhalt und Umfange nach streitig. Und so ergibt sich denn als erste Maßnahme einer subjektiven Betrachtung des Notstandes die einer näheren Abgrenzung des für die Bestimmung der Schuld in Betracht kommenden Gebietes, d. h. also die einer Abgrenzung des Schuldproblems, was am zweckmäßigsten an Hand einer kurzen Darstellung des Entwickelungsganges des Schuldproblems erfolgen kann[34]).

In dieser Hinsicht ist nun folgendes zu sagen:

Ausgangspunkt und Grundlage des gesamten Schuldentwicklungsprozesses und aller späteren Theorien ist die Schuldtheorie oder das Schuldsystem, das gegenwärtig noch in der Praxis der Gerichte seinen Ausdruck findet. Es besteht aus einer allgemeinen Schuldvoraussetzung oder Zurechnungsfähigkeit und zwei einzelnen Arten oder, um diesen strittigen Ausdruck vorläufig zu vermeiden, zwei Möglichkeiten der Schuld: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Vorsatz ist ein Wissen und Wollen des Tatbestandes[35]), Fahrlässigkeit, wie die übliche und allgemein anerkannte Definition lautet, ein Mangel der erforderlichen und möglichen Sorgfalt, ein Außerachtlassen der Aufmerksamkeit, zu der der Täter verpflichtet und imstande war, die er aufbringen sollte und konnte. Damit ist auch schon das herrschende oder positiv-rechtliche Schuldsystem erschöpft[36]) (denn mit Rücksicht auf seine allgemeine und unbeschränkte Anwendung in der Rechtsprechung wird man es nicht anders als positiv-rechtlich bezeichnen können), es sei denn, daß man noch erwähnen wollte, daß es in negativer Hinsicht durch einige Entschuldigungs- oder Schuldnegationsgründe ergänzt wird, so z. B. den der Unzurechnungsfähigkeit, den des Irrtums in tatbestandlicher Hinsicht und einige andere mehr.

So einfach dieses Schuldsystem in seinem Aufbau und so praktisch es in seiner Anwendung ist, so wenig kann und konnte es in theoretisch-dogmatischer Hinsicht befriedigen. Schon verhältnismäßig früh glaubte man gewisse Mängel oder Unzulänglichkeiten dieses Systems feststellen zu müssen. Der erste dieser Mängel war ein mehr praktischer und spezieller. Er lag in der bei der vorsätzlichen

34) Im übrigen siehe Erik Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre I. Teil, 1. Abschnitt.

35) So in RG. in 58 S. 249, 53 S 85 und in einer Anzahl vorhergehender Entscheidungen.

36) Siehe Erik Wolf, S. 145 ff, 148.

Schuld, und hier wiederum in einer Reihe von Irrtumsfällen zum Ausdruck kommenden prinzipiellen Gleichstellung des bewußt rechtswidrig und des unbewußt rechtswidrig handelnden Täters. Vorsatz war, wie eben bemerkt, ein Wissen und Wollen des Tatbestandes. Jeder, der diese eine psychologische Beziehung zum Tatbestand aufwies, war vorsätzlich schuldhaft, gleichgültig wie seine gesamte sonstige innere Einstellung zur Tat war, insbesondere seine Beziehung zum rechtlichen Wert oder Unwert der Handlung, zur sogenannten Rechtswidrigkeit[37]). Diese Beziehung stand außerhalb der Schuldfrage und konnte nur bei der Strafzumessung gewisse Berücksichtigung finden, d. h. also von jenen oben erwähnten, als Ausnahme zu betrachtenden Entschuldigungs- oder Schuldnegationsgründen abgesehen war der Täter, der wissent- und willentlich, jedoch aus irgendwelchen Gründen, z. B. der irrtümlichen Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, in Unkenntnis des rechtlichen Unwertes seiner Handlung gehandelt hatte, genau so schuldhaft und fiel unter denselben Strafrahmen wie derjenige, der in voller Kenntnis des rechtlichen Unwertes und trotz dieser Kenntnis gehandelt hatte. Der irrtümlich rechtswidrig handelnde und der bewußt rechtswidrig oder böswillig handelnde Täter standen theoretisch-dogmatisch vollkommen gleich, obwohl sie tatsächlich von ganz verschiedenen Voraussetzungen ausgegangen und unter ganz verschiedenen psychologischen Bedingungen gehandelt hatten.

Hierin, in dieser Gleichstellung des bewußt rechtswidrig und des unbewußt rechtswidrig handelnden Täters oder der Indifferenz bezüglich der Einstellung des Täters zum Wert der Handlung schien ein Mangel des herrschenden Systems zu liegen. Diesen Mangel wollte man beseitigen und glaubte man nicht anders beseitigen zu können, als dadurch, daß man eine psychologische Beziehung zwischen Täter und rechtlichem Unwert der Handlung, der sog. Rechtswidrigkeit, als Vorsatzelement oder Vorsatzerfordernis anerkannte[38]). Und so entstand allmählich eine Reihe von Schuldtheorien oder Schuldsystemen, die Fahrlässigkeit wie bisher als Mangel der pflichtgemäßen und möglichen Sorgfalt, Vorsatz jedoch nunmehr als ein Wissen

37) Siehe die eben zitierten Entscheidungen.

38) So zuerst, allerdings aus mehr historischen Gründen, Binding in den „Normen", Bd. 2 S. 659 ff. und später in „die Schuld im deutschen Strafrecht", 2. Abschnitt, S. 30 ff.

und Wollen des Tatbestandes + ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder ein Bewußtsein der möglichen Rechtswidrigkeit oder eine Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit propagierten. Jedenfalls, wie dem auch im einzelnen gewesen sein mag (der genaue Verlauf dieser Entwicklung und ihrer Ursprünge wird sich heute, nachdem sich die einzelnen Theorien und Gedankengänge völlig verändert, gegenseitig beeinflußt und teilweise gekreuzt haben, wohl kaum noch mit genügender Sicherheit feststellen lassen): Ausschaltung des unbewußt oder versehentlich rechtswidrig handelnden Täters aus dem Kreise der bewußt rechtswidrig oder böswillig handelnden Täter mit Hilfe eines irgendwie gearteten Vorsatzelementes des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, das war und ist der Gedanke, der am Anfang der Auseinandersetzungen über Begriff und Wesen der Schuld steht und das erregende Moment des heutigen Schuldentwicklungsprozesses bildet.

So verbreitet und allgemein anerkannt dieser Gedanke von der Notwendigkeit eines Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Vorsatzelement heute ist, so heftigen Widerstand fand er zunächst bei seiner Entstehung und zwar im wesentlichen aus zwei Gründen.

Der eine lag in der Existenz der Bestimmung des § 59 StGB., der allgemein als eine erschöpfende Legaldefinition des Vorsatzes im Sinne einer Beschränkung desselben auf Wissen und Wollen des Tatbestandes angesehen wurde. Dieser angeblichen Legaldefinition widersprach der propagierte, ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassende Vorsatzbegriff und daher wurde dieser sowie die ihn vertretenden Theorien zunächst allgemein abgelehnt.

Der zweite Grund, der der Entwicklung des Gedankens von der Notwendigkeit eines Vorsatzelementes des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit hinderlich war, war der, daß praktisch keine unbedingte Notwendigkeit nach einem solchen Vorsatzbegriff bestand, insofern als man nämlich zwei Mittel und Wege hatte, die praktischen Konsequenzen, die in der prinzipiellen Gleichstellung des bewußt rechtswidrig und des unbewußt rechtswidrig handelnden Täters lagen, zu vermeiden. Das eine Mittel bestand in der bereits angedeuteten Ausnutzung der durch die einzelnen Strafrahmen gewährten verschiedenen Strafmöglichkeiten, die sich nicht nur auf die Höhe, sondern vielfach auch auf die Art der Strafe erstreckten. Hierdurch, durch die Ver-

schiedenheit der Strafzumessung, konnte man, wenn auch nicht immer, so doch meistenteils, der Verschiedenheit der Tätergesinnung Rechnung tragen; das andere Mittel bestand darin, daß man neben der bereits anerkannten, durch § 59 StGB. sanktionierten Entschuldigung des tatbestandlichen Irrtums noch andere Fälle des Irrtums, eben solche inbezug auf die rechtliche Qualität der Handlung, als Entschuldigungsgründe in vorsätzlicher Hinsicht im Wege freier Rechtsgestaltung anerkannte und so auf diesem Wege der Konstruktion von Regel und Ausnahme eine verschiedene Stellung der bewußt rechtswidrig und der unbewußt rechtswidrig handelnden Täter herbeiführte. Auf diese Weise gelang es, den praktischen Mangel des herrschenden Systems zu beseitigen, wenigstens zum größten Teil[39]), und dies war der hauptsächliche Grund, weshalb die auf Einführung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in den Vorsatz gerichtete Schuldbewegung zunächst keinen Erfolg davontragen konnte.

Da fügte es nun der Zufall, daß dieser sich um den Fall des rechtlichen Irrtums konzentrierenden Schuldbewegung ein anderer, neuer Schuldgedanke zu Hilfe kam, der sich schon längere Zeit vorher in den theoretischen Auseinandersetzungen und Erörterungen über Begriff und Wesen der Schuld angekündigt hatte, bisher jedoch noch keine greifbare Form hatte annehmen können. Es war der Gedanke der Wertungseigenschaft aller Schuld, der Gedanke, daß alle Schuld, und darum auch Vorsatz und Fahrlässigkeit, ein Werturteil über den Täter sei. Und damit ist man

---

39) Nicht beseitigt wurde dagegen der theoretisch-dogmatische Mangel. Dieser bestand auch weiterhin noch fort, ja im Gegenteil, er wurde sogar noch vergrößert, insofern als nämlich zu der bisherigen prinzipiellen Gleichstellung zweier verschiedener Tätertypen mit verschiedener Tätergesinnung jetzt noch der Umstand hinzutrat, daß das Schuldsystem einen Entschuldigungs- oder Schuldnegationsgrund enthielt, ohne gleichzeitig einen positiven, durch diesen Entschuldigungsgrund zu negierenden Schuldbestandteil zu enthalten, was dazu führte, daß man Täter für vorsätzlich schuldlos erklären mußte, die sämtliche Elemente oder Bestandteile der vorsätzlichen Schuld, nämlich Wissen und Wollen des Tatbestandes, aufwiesen. Die anfängliche theoretisch-dogmatische Unzulänglichkeit steigerte sich also zu einem offensichtlichen logischen Widerspruch. Dieser Widerspruch wurde merkwürdigerweise zunächst wenig oder überhaupt nicht bemerkt. Erst später bei anderer Gelegenheit, nämlich bei der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildenden Frage der Rechtsnatur des Notstandes wurde man vereinzelt auf ihn aufmerksam. (So schon andeutungsweise Frank im „Aufbau", S. 6).

auf den Schuldgedanken gekommen, der dem ganzen Streit um Begriff und Wesen der Schuld seine eigentliche Richtung geben und ihn erst zu einem wirklichen, heute noch ungelösten Problem erheben sollte.

Ausgangspunkt dieses Gedankens war wiederum, wie bei der vorerwähnten Theorie, ein Mangel oder besser gesagt: ein angeblicher Mangel des herrschenden Systems. Diesmal weniger praktisch-spezieller als allgemein-theoretischer Art. Er bestand in der völligen Wesensverschiedenheit der beiden Schuldmöglichkeiten und der darauf beruhenden Unmöglichkeit einer innerlich begründeten einheitlichen Erklärung der Schuld. Vorsatz beschränkte sich, wie oben ausgeführt, auf ein Wissen und Wollen des Tatbestandes. Fahrlässigkeit war als Mangel der erforderlichen und möglichen Sorgfalt, als ein Außerachtlassen der Aufmerksamkeit, zu der der Täter verpflichtet und imstande war, ein Komplex von verschiedenartigen Elementen. Inhalt der vorsätzlichen Schuld war die Existenz einer einzigen psychologischen Beziehung des Täters, nämlich der zum Tatbestand; alle anderen psychologischen Beziehungen oder innermenschlichen Vorgänge des Täters waren für das vorsätzliche Schuldurteil unerheblich, standen außerhalb der Schuldfrage. Bei der Fahrlässigkeit wurden alle diese Beziehungen oder Vorgänge in die Schuldfrage einbezogen; das gesamte innere Verhalten des Täters war Gegenstand des Schuldurteils. Vorsatz war eine Tatsachenfeststellung; Fahrlässigkeit eine freie Wertung. Vorsätzliche Schuld stellte eine typisierte Schuldgesinnung dar; Fahrlässigkeit war die konkrete schuldhafte Gesinnung des einzelnen Täters. Konnte es zwei Möglichkeiten der Schuld geben, die verschiedener waren als diese? Und doch sollten beide die einzigen Arten der Gattung Schuld sein, also ein gemeinsames Wesenselement besitzen. Worin lag dann das gemeinsame Element und das Merkmal aller Schuld? Lag es in der einfachen rein äußerlichen Tatsache der Zurechnung oder Verantwortung des Täters, oder war es nicht vielmehr wie bei der fahrlässigen Schuld eine Wertung desselben? Und wenn ja, wie kam es, daß Fahrlässigkeit eine solche Wertungseigenschaft besaß, Vorsatz dagegen nicht, daß bei Vorsatz eine einzige psychologische Tatsache maßgebend und entscheidend für das Schuldurteil über den Täter wurde? Mußte nicht auch Vorsatz eine solche Wertungseigenschaft besitzen, und welches war dann

das wertende Element des Vorsatzes? Das waren die Fragen, die sich im Laufe der Zeit bei einer näheren Betrachtung der Schuld und ihrer konkreten Erscheinungsformen bemerkbar machten und eine neue Gedankenrichtung in dem Kreise der Schuldtheorien zur Entstehung brachten, eben diejenige, die alle Schuld und darum auch Vorsatz als ein Werturteil über den Täter und seine Einstellung bei der Tat erklärte.

Wie so oft, so versuchte man auch hier zunächst, den neuen Gedanken in eine alte Form zu fassen, Entstehendes an Bestehendes anzuknüpfen. Das Bestehende war einmal die Tatsache, daß die fahrlässige Schuld als Mangel der pflichtgemäßen und möglichen Sorgfalt bereits ein Unwerturteil war, nämlich ein solches der Pflichtwidrigkeit, und diese Pflichtwidrigkeit der gegebene und eigentliche Inhalt der Schuld zu sein schien (so kam der Gedanke der Pflichtwidrigkeit in das Schuldproblem); und sodann und zweitens der Umstand, daß das aus Erwägungen des rechtlichen Irrtums für den Vorsatz vielfach geforderte Element des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit im Falle seiner Anerkennung ebenfalls eine Art Pflichtwidrigkeitsurteil begründete; denn ein Täter, der mit oder trotz des Bewußtseins des rechtlichen Unwertes der von ihm vorgestellten Handlung diese ausgeführt hatte, war offensichtlich ein böswilliger oder auch pflichtwidriger Täter (so wurde das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Wertfaktor der vorsätzlichen Schuld). Pflichtwidrigkeit, in der vorsätzlichen Schuld auf einem irgendwie gearteten Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gegründet, das war und wurde die erste Erscheinungsform des Wertungsgedankens, und was die erste von der Unzulänglichkeit der Irrtumsregelung ausgehenden Gedankenrichtung nicht zu erreichen vermochte, das gelang jetzt dieser zweiten auf der Wertungseigenschaft aller Schuld beruhenden Gedankenrichtung: die Forderung nach einer Anerkennung des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit fand immer mehr Anhänger, bis sie die in der Rechtslehre herrschende Gedankenrichtung wurde.

Damit sollte jedoch der Entwicklungsgang des Schuldproblems noch nicht beendet sein. Denn ehe noch die beiden letzterwähnten, in ihrem äußeren Ziel vereinigten Gedankenrichtungen in Form einer gesetzlichen Sanktion des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als Vorsatzelement ihre end-

gültige Anerkennung und Billigung erfahren konnten, tauchte bereits ein neuer Gedanke in dem Streit um Begriff und Wesen der Schuld auf, ein Gedanke, der in teils heftigem, teils weniger heftigem Gegensatz zu der letzterwähnten Gedankenrichtung steht und zuerst in drei einzelnen Theorien, nämlich den Theorien Goldschmidts, Franks und Freudenthals, seinen bedeutsamsten Ausdruck gefunden hat.

Gewiß, es mag auf den ersten Blick vielleicht etwas überraschend erscheinen, diese drei Theorien unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zusammenzufassen. Denn welche Theorien könnten verschiedener sein als diese? Das charakteristische Merkmal der Goldschmidt'schen Schuldtheorie[40]) ist eine allgemeine, neben Vorsatz und Fahrlässigkeit stehende, sich an das innere Verhalten der Rechtsunterworfenen wendende Pflichtnorm, die im Falle der Verletzung ein besonderes Schuldelement der Pflichtwidrigkeit begründet. Die Eigenart der Frank'schen Schuldtheorie[41]) besteht in der Einbeziehung der Zurechnungsfähigkeit in die Schuld und der Aufstellung eines allgemeinen, zu den bisherigen Vorsatz- und Fahrlässigkeitselementen hinzutretenden Elementes der Freiheit oder Tatherrschaft, die sich in eine solche innerer (Zurechnungsfähigkeit) und äußerer Art teilt, während die Besonderheit der Freudenthal'schen Theorie[42]) in einer Verallgemeinerung des in der üblichen Fahrlässigkeitsdefinition in den Worten „sollen — und — können", „verpflichtet — und — imstandesein" in Erscheinung tretenden Elementes der Zumutbarkeit liegt.

Und doch, so verschieden auch diese drei Theorien im einzelnen sind und so sehr sie in Begründung und Rechtfertigung voneinander abweichen, so sehr gehören sie dem Aufbau ihres Schuldsystems nach zusammen. Denn zwei Gedanken sind es, die in diesen drei Theorien ihren besonderen Ausdruck gefunden haben; der eine betrifft den von der vorerwähnten Schuldbewegung entwickelten Gedanken der Wertung, der andere den den Ausgangspunkt dieses Wertungsgedankens bildenden Gedanken der Beseitigung der Wesensverschiedenheit der beiden Schuldmöglichkeiten.

40) „Der Notstand im Schuldproblem", § 2, insbes. S. 17, § 3 insbes. S. 24, 26, 32, und neuerdings in Festgabe für Reinh. Frank I, insbes. S. 433/439.

41) Frank, Vorbemerkungen vor § 51, 16. Aufl., S. 128/129, 18. Aufl., S. 136/137.

42) „Schuld und Vorwurf", S. 11 ff, 15 ff.

Was zunächst den Gedanken der Wertung anbetrifft, so war er von der vorerwähnten Theorie, wie oben ausgeführt, in der Weise verwirklicht worden, daß neben das bisherige Vorsatzelement des Wissens und Wollens des Tatbestandes ein solches des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit gestellt wurde. In dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Wertfaktor der vorsätzlichen Schuld lag der Schwerpunkt der vorerwähnten Theorien.

Von dieser Art der Verwirklichung des Wertungsgedankens weichen nun die drei oben erwähnten Theorien ganz erheblich ab und zwar in der Weise, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in jeder Form als Wertfaktor ausgeschaltet und die Wertungseigenschaft der Schuld in anderen außerhalb dieser psychologischen Beziehung zur Rechtswidrigkeit liegenden Elementen gesucht wird, nämlich den oben erwähnten Elementen einer besonders gearteten Pflichtwidrigkeit, einer Freiheit oder Tatherrschaft oder einer Zumutbarkeit. Abkehr von dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als allgemeinem Wertfaktor der Schuld, das ist der erste teils bewußt, teils unbewußt ausgesprochene gemeinsame Grundgedanke dieser drei Theorien.

Der zweite positive besteht in der Einheit oder Identität dieser soeben erwähnten Wertelemente in vorsätzlicher und fahrlässiger Schuld.

Gewiß auch die vorerwähnte Theorie hatte eine gewisse Einheitlichkeit oder Gleichmäßigkeit der Wertungseigenschaft der beiden Schuldmöglichkeiten herbeizuführen gesucht und zwar in der Weise, daß sie Vorsatz und Fahrlässigkeit, Vorsatz nach Aufnahme eines Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, als eine Art Pflichtwidrigkeit oder pflichtwidrige Gesinnung erklärte. Diese Einheitlichkeit ist jedoch eine rein äußerliche oder terminologische. Innerlich, ihrem Wesen und Inhalt nach, sind die beiden Erscheinungsformen der Schuld genau so verschiedenartig wie sie es vorher waren. Denn Vorsatz beschränkt sich auch nach Aufnahme des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit auf — diesmal allerdings zwei — psychologische Elemente, während Fahrlässigkeit neben diesen psychologischen Elementen noch andere in den Worten „sollen-undkönnen", „verpflichtet-und-imstandesein" zum Ausdruck kommende Elemente enthält. Bei der vorsätzlichen Schuld wird nach wie vor ein beschränkter Ausschnitt aus der Gesamteinstellung des Täters im Augenblick der Tat betrachtet,

während die Eigenart der Fahrlässigkeit in der unmittelbaren Beurteilung dieser gesamten inneren Einstellung liegt. Vorsatz ist nach wie vor eine typisierte Schuldgesinnung und eine Tatsachenfeststellung, die als Wertung gilt; Fahrlässigkeit die konkrete Schuldgesinnung des einzelnen Täters selbst, gewonnen mittels einer reinen Wertung. Die Heterogenität der beiden Schuldmöglichkeiten ist nicht beseitigt; sie ist nur durch eine äußerlich gleichlautende Allgemeinerklärung verdeckt worden. In ihrem Wesen und Inhalt sind die beiden Schuldarten als Pflichtwidrigkeiten genau so heterogen wie sie es vorher vor der Aufnahme des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in den Vorsatz und vor der Erklärung als Pflichtwidrigkeit waren. Und hier greift nun die neue, in den oben erwähnten drei Schuldtheorien zum Ausdruck kommende Gedankenrichtung ein. Sie beläßt es nicht mehr bei der nur äußerlichen Allgemeinerklärung der Schuld, sondern verlegt die Erklärung der Schuld und den Gedanken des Ausgleichs der Heterogenität der beiden Schuldmöglichkeiten zum ersten Mal in entschiedener Form in die beiden Schuldmöglichkeiten und ihre Elemente selbst, indem sie diese und zwar die wertenden Elemente anzugleichen versucht. Beseitigung der Heterogenität der beiden Schuldmöglichkeiten durch Angleichung der wertenden Elemente, Einheit oder Identität des wertenden Elementes in Vorsatz und Fahrlässigkeit, das ist der zweite neue Grundgedanke dieser drei Theorien Goldschmidts, Franks und Freudenthals.

Ueberblickt man den bisherigen, soeben dargestellten Entwicklungsgang des Schuldproblems, so lassen sich vier große allgemein theoretische Grundgedanken feststellen, die das Schuldproblem in systematischer Hinsicht kennzeichnen. Sie sind grundlegend und entscheidend für die Lösung des Schuldproblems, sie sind nicht weniger bedeutsam für eine subjektive Betrachtung des Notstandsproblems und bedürfen daher noch einer kurzen Erörterung.

Der erste dieser Gedanken ist der, daß der Begriff der Schuld wie eingangs erwähnt eigentlich seinem ganzen Inhalt und Umfang nach streitig ist. Das einzige, was einigermaßen feststeht — denn auch in dieser Hinsicht sind bereits Meinungsverschiedenheiten aufgetaucht — ist die Tatsache, daß es zwei Möglichkeiten oder Arten der Verschuldung gibt, nämlich Vorsatz und Fahrlässigkeit, und

diese beiden Möglichkeiten der Verschuldung den Gattungsbegriff Schuld ausfüllen. Alles andere, insbesondere auch Begriff und Inhalt dieser beiden Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten selbst, ist mehr oder weniger zweifelhaft und umstritten. Schuld ist demnach, wenn man so sagen kann, ein Problem der beiden Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten, ein Problem des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, insbesondere aber ein solches des Vorsatzes. Begriff und Wesen des Vorsatzes und Begriff und Wesen der Fahrlsäsigkeit gilt es festzustellen, wenn man den Begriff der Schuld bestimmen will. Ohne eine Abgrenzung und Bestimmung der beiden Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten, keine Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Schuld. Jede allgemein theoretische Erklärung der Erscheinung Schuld beruht auf einer Erklärung der beiden Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten.

Diese Eigenart des Schuldproblems wird man naturgemäß auch im Vorliegenden bei der subjektiven Betrachtung des Notstandes gebührend berücksichtigen müssen, und zwar am besten und zweckmäßigsten in der Weise, daß man zunächst einmal das Verhältnis des Notstandes zu den beiden Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten feststellt und erst dann das Verhältnis von Notstand und Schuld im allgemeinen erörtert. Zunächst Feststellung des Verhältnisses von Notstand und Vorsatz und Notstand und Fahrlässigkeit, erst dann allgemein theoretische Erörterungen über Notstand und Schuld schlechthin, das wird die erste Richtlinie der folgenden Untersuchung sein müssen.

Der zweite Gesichtspunkt, der sich bei einer Betrachtung des Entwicklungsganges des Schuldproblems ergibt, ist der, daß die untrennbar mit der Erscheinung der Schuld verbundene Erscheinung der Zurechnungsfähigkeit allgemein bis auf eine Ausnahme, nämlich bis auf die Schuldtheorie Franks[43]), die die Zurechnungsfähigkeit als einen Schuldbestandteil in den Kreis der Schuldelemente einbezogen hat, als eine Schuldvoraussetzung angesehen wird, d. h. als eine Tatsache, die festgestellt sein muß, ehe man überhaupt zu einer Beurteilung des Täters unter dem Gesichtspunkt der Schuld oder Schuldlosigkeit übergehen kann.

Dieser Ansicht vom Wesen und Zweck der Zurechnungsfähigkeit wird man sich auch im Vorliegenden bei der

43) Siehe oben S. 24.

Betrachtung des Notstandsproblems zweckmäßigerweise zunächst anschließen, um nämlich die Untersuchung nicht gar zu umfangreich und vielfaltig werden zu lassen, so daß sich also erste Maßnahme einer subjektiven Betrachtung des Notstandes die einer Feststellung des Verhältnisses von Notstand und Zurechnungsfähigkeit bezw. Unzurechnungsfähigkeit ergibt. Sollte sich im Laufe der Untersuchung die Notwendigkeit einer anderen Betrachtung der Zurechnungsfähigkeit ergeben, kann man immer noch die erforderlichen Folgerungen ziehen.

Der dritte Gesichtspunkt einer systematischen Betrachtung des Schuldproblems ist der, daß der Streit um Begriff und Wesen der Schuld wie jeder Streit um Begriff und Wesen einer Erscheinung in erster Linie ein Streit um Existenz und Inhalt einzelner Begriffselemente, Wesensmerkmale oder Wesensbestandteile ist. Beschränkt sich die vorsätzliche Schuld auf ein Wissen und Wollen des Tatbestandes oder umfaßt sie auch ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder enthält sie gar ein drittes, beiden Arten der Verschuldung gemeinsames Element im Sinne der Goldschmidt-, Frank- und Freudenthal'schen Schuldtheorien? Welches sind die Wesensmerkmale oder Begriffselemente der Fahrlässigkeit? Enthalten die beiden Schuldmöglichkeiten ein wertendes Element, und wenn ja welches? Und welches ist insbesondere das Wertelement des Vorsatzes? Das sind die Fragen, die im Laufe des Entwicklungsganges des Schuldproblems und der einzelnen Schuldtheorien aufgetaucht sind, den Streit um Begriff und Wesen der Schuld, d. h. also das Schuldproblem, bilden und einer Erörterung und Beantwortung bedürfen, wenn man dieses Problem der Schuld lösen will. Schuld ist ein Problem der beiden Schuldmöglichkeiten und hier wiederum der sogenannten Schuldelemente, Schuldmerkmale oder Schuldbestandteile.

Die Folgerung, die sich hieraus für die subjektive Betrachtung des Notstandes ergibt, ist eine ähnliche wie die, die an erster Stelle aus der Eigenart des Schuldproblems als eines Problems der beiden Schuldmöglichkeiten gezogen wurde. Sie lautet, um sie alsbald mit dieser zusammenzufassen: Ist es so, daß Schuld ein Problem der beiden Schuldmöglichkeiten und hier wiederum ein Problem der einzelnen Elemente, Merkmale oder Bestandteile ist, dann wird auch hier wiederum der zweckmäßigste und sicherste Weg einer Schuld-Notstandsuntersuchung der sein,

daß man zunächst einmal das Verhältnis zu den einzelnen Schuldelementen oder Merkmalen bezw. den Umständen, die als solche in Frage kommen, feststellt und erst dann allgemein theoretische Erörterungen über Notstand und Schuld anstellt. Denn das eine gilt es bei jeder Schuld-Notstandsuntersuchung zu beachten: Notstand kann nur dann ein Entschuldigungsgrund sein, wenn er mindestens ein Element oder Merkmal der Schuld negiert. Ohne eine solche Negation mindestens eines Schuldelementes, und zwar je nachdem ob man Notstand als allgemeinen Schuldausschluß- oder nur speziell als Vorsatzausschlußgrund betrachtet: eines allgemeinen oder eines Vorsatzelementes, ist keine Entschuldigung durch Notstand denkbar. Eine solche würde, wie bereits einmal angedeutet, einen theoretisch-dogmatischen und logischen Widerspruch bedeuten. Denn sie würde zu einer Entschuldigung von Tätern führen, die sämtliche Elemente oder Merkmale der Schuld aufweisen. Diesen Widerspruch könnte man auch nicht dadurch beseitigen, daß man den Notstand als eine Ausnahme von der Regel erklärt. Denn auch eine solche Konstruktion würde niemals die Tatsache einer Entschuldigung bei Vorhandensein sämtlicher Schuldelemente aufheben. Sie kann unter Umständen ein praktischer Notbehelf sein, theoretisch dogmatisch ist sie, weil sie keine Erklärung für die Entschuldigung durch Notstand gibt, unmöglich. Theoretisch dogmatisch müssen die Gedanken, die zu einer Entschuldigung des Nottäters führen, mit den Gedanken korrespondieren, auf denen das Wesen der Schuld beruht. Das dem Notstand entsprechende Schuldelement gilt es — wie Frank einmal angedeutet hat[44]) — festzustellen, wenn man das Problem von Schuld und Notstand lösen will.

Der vierte und letzte Gesichtspunkt einer systematischen Betrachtung des Schuldproblems ist zugleich auch der bedeutsamste. Er lautet: Das Problem um Begriff und Wesen der Schuld ist nicht nur ein Problem der Feststellung positiv-rechtlicher Inhalte und Gegegebenheiten, sondern ebensosehr — ja fast noch mehr — ein Problem zweckmäßiger Ausgestaltung dieser Inhalte und Gegegebenheiten. Nicht wie oder was Schuld ist, sondern wie oder was Schuld auf Grund des gesamten Inhalts der Rechtsordnung, insbesondere auch der Tatsache einer Normierung des Not-

44) Frank „Ueber den Aufbau"", S. 6.

standes als Entschuldigungsgrund seitens der Rechtspraxis, sein muß, welche Elemente die Schuld und die einzelnen Schuldmöglichkeiten aufweisen müssen, ob und welches dieser Elemente wertender Art sein muß, oder, um die Frage mehr speziell auf die im Vordergrund des Streites stehende Schuldmöglichkeit des Vorsatzes abzustellen, ob vorsätzliche Schuld sich entsprechend dem Schuldsystem der Rechtspraxis auf ein Wissen und Wollen des Tatbestandes beschränkt oder auf Grund der unhaltbaren theoretisch dogmatischen Gleichstellung des bewußt rechtswidrig und des unbewußt rechtswidrig handelnden Täters und des allgemeinen Wertungsgedankens der Schuld auch ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in irgendeiner Form enthalten oder schließlich gar ein drittes beiden Arten der Verschuldung gemeinsames Element in Form einer besonders gearteten Pflichtwidrigkeit, einer Freiheit oder einer Zumutbarkeit aufweisen muß, das ist die Frage, die sich im Laufe der Zeit aus dem Streit um Begriff und Wesen der Schuld herauskristallisiert hat, allen Erörterungen und Streitfragen zugrunde liegt und den Schwerpunkt des Schuldproblems bildet. Und diese Frage ist in der Tat mehr eine Frage zweckmäßiger Rechtsgestaltung als eine solche positiver Feststellung.

Hierin in dieser doppelten Eigenschaft des Schuldproblems liegt seine Eigenart und die Schwierigkeit seiner Lösung, zugleich aber auch die einer subjektiven Lösung des Notstandsproblems, der nicht anders begegnet werden kann, als daß man zunächst einmal von den positiv-rechtlichen Inhalten und Gegegebenheiten der Schuld, d. h. also von der Existenz einer Zurechnungsfähigkeit als Schuldvoraussetzung, zweier Möglichkeiten der Schuld in Gestalt von Vorsatz und Fahrlässigkeit, eines Wissens und Wollens des Tatbestandes als ersten, allseitig anerkannten und eines Bewußtseins der Rechtswidrigkeit als demnächst anzuerkennenden Vorsatzelementes, eines Mangels der erforderlichen und möglichen Sorgfalt als der üblichen und allgemein anerkannten Fahrlässigkeitsdefinition ausgeht und zunächst einmal das Verhältnis des Notstandes zu diesen Inhalten und Gegegebenheiten feststellt, um sodann in zweiter aber wichtigster Linie diese Feststellungen durch Erörterungen rechtsgestaltender Art zu ergänzen, d. h. also solchen Erörterungen, die sich um die Frage der allgemeinen Wertungseigenschaft aller Schuld, der Heterogenität

der beiden Schuldmöglichkeiten und der Notwendigkeit eines dem Notstand entsprechenden Schuld-, insbesondere aber Vorsatzelementes konzentrieren. Da die letzte Frage den Gegenstand und den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung bildet, wird man sie dementsprechend auch in den Vordergrund aller, insbesondere aber der rechtsgestaltenden Betrachtungen stellen müssen, um sie gegebenenfalls am Schluß der Betrachtung durch Erörterungen allgemein strafrechtlicher Art zu ergänzen. Oder anders ausgedrückt: Von beiden Seiten wird man bei der Lösung des Problems von Schuld und Notstand vorgehen müssen. Einmal und zunächst von Seiten der Schuld und ihrer positivrechtlichen Inhalte; und sodann und zweitens von Seiten des strafrechtlichen Notstandes und seiner Notwendigkeiten. Der Schnittpunkt beider Untersuchungslinien wird sodann nach einer Ueberprüfung unter allgemein strafrechtlichen Gesichtspunkten die Lösung des Schuld-Notstandsproblems bilden.

Damit sind die erforderlichen Grundlagen für eine subjektive Betrachtung des Notstandes gelegt und die eigentliche, inhaltliche Untersuchung kann beginnen.

§ 4.

II. Notstand und Unzurechnungsfähigkeit.

Die erste Frage, die es bei einer subjektiven Untersuchung des Notstandes zu beantworten gilt, ist, wie soeben festgestellt wurde, die des Verhältnisses von Notstand und Unzurechnungsfähigkeit. Spezieller oder schärfer gefaßt lautet diese Frage: wie wirkt Notstand auf die allgemeine Schuldvoraussetzung der Zurechnungsfähigkeit ein? Schließt Notstand diese Voraussetzung aus, so daß also Notstand nichts anderes als ein besonderer Grund der Unzurechnungsfähigkeit und der Nottäter unzurechnungsfähig wäre, oder läßt er diese Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit unberührt?

Die Frage ist, um das Ergebnis vorweg zu nehmen, im letzten Sinne zu beantworten. Weder schließt Notstand die Zurechnungsfähigkeit aus, noch ist Notstand ein besonderer Grund der Unzurechnungsfähigkeit, noch der Nottäter unzurechnungsfähig, und zwar aus folgenden zwei Erwägungen:

Die eine ist mehr äußerlicher oder formeller Art und besteht in dem Umstand der besonderen Vertatbestandlichung des Notstandes. Wäre Notstand nichts anderes als eine besondere Erscheinungsform der Unzurechnungsfähigkeit, würde diese Maßnahme bei dem Bestreben des Gesetzgebers, alle überflüssigen Tatbestände, insbesondere solche strafausschließender Art zu vermeiden, ziemlich unverständlich erscheinen. Die Tatsache, daß die Erscheinung des Notstandes eine besondere von der der Unzurechnungsfähgikeit unabhängige Formulierung gefunden hat, spricht jedenfalls mit erheblicher Wahrscheinlichkeit dafür, daß diese Erscheinung auch innerlich ihrem Wesen nach eine besondere, selbständige ist und der Grund für die Straflosigkeit des Nottäters in anderen Momenten als denen der Unzurechnungsfähigkeit liegt.

Und diese Wahrscheinlichkeit wird zur Gewißheit, wenn man, um damit zu dem zweiten Grund, der gegen die Zurückführung des Notstandes auf Unzurechnungsfähigkeit spricht, zu kommen, die inhaltliche Seite des Verhältnisses von Notstand und Unzurechnungsfähigkeit betrach-

tet und Begriff und Wesen beider Erscheinungen miteinander vergleicht. Denn dann wird man feststellen müssen, daß von der äußeren Verschiedenheit der beiderseitigen Tatbestände abgesehen zwar eine gewisse Aehnlichkeit oder Parallelität zwischen beiden Erscheinungen vorhanden ist, im übrigen jedoch ein grundlegender Unterschied besteht.

Was zunächst die Aehnlichkeit beider Erscheinungen anbetrifft, so besteht sie darin, daß bei beiden Erscheinungen, sowohl der des Notstandes wie der der Unzurechnungsfähigkeit, das unter normalen äußeren wie inneren Tatumständen bestehende oder vorauszusetzende Maß an Freiheit der Willensbildung aufgehoben ist. Beide Arten von Täter, sowohl derjenige, der sich in Notstand, wie derjenige, der sich in Unzurechnungsfähigkeit befindet, stehen unter dem unentziehbaren Einfluß eines äußeren oder inneren, ihre Ueberlegung und Willenskraft lähmenden Zwanges und können sich daher nicht mehr so entschließen, wie sie sich unter normalen Tatumständen, d. h. also bei Abwesenheit von Notstand und Unzurechnungsfähigkeit aller Wahrscheinlichkeit nach entschließen würden. Sie sind in ihrer Entschließung oder Willensbildung unfrei.

Bezüglich der Unzurechnungsfähigkeit ist diese Tatsache allgemein bekannt und unbestritten. Sie ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 51 StGB.), der ausdrücklich von einem Ausschluß der freien Willensbestimmung spricht, und der allgemeinen Uebereinstimmung von Wissenschaft und Praxis.

Bezüglich des Nottäters ist diese Tatsache weniger bekannt und weniger unbestritten und zwar deswegen, weil die Willens- oder Entschließungsfreiheit ein innermenschliches Merkmal, der Tatbestand des Notstandes jedoch im Gegensatz zu dem der Unzurechnungsfähigkeit lediglich auf außermenschliche oder objektive Merkmale abgestellt ist. Sie wird jedoch ebenso unbestreitbar, wenn man die Bedeutung oder Wirkung dieser objektiven Merkmale auf die Handlungs- und Willensfähigkeit des Nottäters feststellt, den Notstand in gewisser Hinsicht relativiert und subjektiviert. Denn dann wird man folgendes feststellen müssen:

Erstes und wesentlichstes Merkmal jeder Handlungs- und Willensfreiheit ist das zunächst rein äußerliche Erfordernis, daß ein gewisser Kreis von Handlungs- und Willensmöglichkeiten gegeben ist. Sei es entweder da-

durch, daß eine größere Anzahl unbestimmter Handlungsmöglichkeiten oder aber eine beschränkte Anzahl inhaltlich variationsfähiger Handlungsmöglichkeiten besteht. Ohne einen solchen Kreis von Handlungs- oder Willensmöglichkeiten, unter denen eine Wahl stattfinden kann, keine Freiheit im allgemeinen und keine Handlungs- und Entschließungsfreiheit im besonderen.

Schon an diesem Merkmal, dem Kreise verschiedener Handlungs- oder Willensmöglichkeiten, fehlt es dem Nottäter. Denn derjenige, der sich im Notstand befindet, hat im Gegensatz zu der sonstigen Vielfaltigkeit seines Verhaltens nur zwei eng begrenzte, in jeder Hinsicht unabänderliche Handlungsmöglichkeiten: er kann entweder die Nottat ausführen und dadurch Leib und Leben seiner selbst oder eines seiner Angehörigen retten, oder er kann die Ausführung der Nottat unterlassen und damit auf die letzte Möglichkeit einer Rettung seiner selbst oder eines seiner Angehörigen verzichten. Eine dritte Handlungsmöglichkeit, sei es auch nur in Form einer kleinen Variation oder Abschwächung einer dieser beiden Handlungsmöglichkeiten, gibt es nicht. Dies würde dem Wesen des Notstandes und zwar dem Element der Unabwendbarkeit der Gefahr durch eine andere als objektiv rechtsverletzende Handlung widersprechen.

Daß hierin, in dieser ungewöhnlichen Einschränkung der Handlungsfähigkeit des Nottäters auf zwei extreme, abseits des normalen Verlaufs der Geschehnisse liegende Handlungsmöglichkeiten eine weitgehende Einschränkung der Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit liegt, wird man wohl zugeben müssen. Diese Einschränkung erfährt aber noch eine weitere Verschärfung dadurch, daß diese beiden letzten Handlungsmöglichkeiten des Nottäters in ihrer Beziehung zum Nottäter nicht mehr in einem Gleichwertigkeitsverhältnis, sondern in einem Verhältnis starker Ungleichwertigkeit stehen. Die eine Handlungsmöglichkeit, die der Ausführung der Nottat, bedeutet Rettung des Nottäters oder eines seiner Angehörigen aus einer Leibes- oder Lebensgefahr; die andere, die der Unterlassung, Fortdauer der Gefahr mit der sicheren Aussicht eines alsbaldigen Verlustes der körperlichen Unversehrtheit oder des Lebens. Die eine Handlung hat realen und gegenwärtigen Wert, der Wert der anderen ist mehr ideeller Art und liegt in der Zukunft. Die eine Handlung führt zur sofortigen Beendigung der

äußeren und der später noch zu erwähnenden inneren Zwangslage des Nottäters, die andere hat eine Fortdauer dieser Zwangslage mit der Wirkung einer allmählichen Steigerung zur Folge. Die eine Handlung entspricht dem stärksten und ursprünglichsten Trieb der menschlichen Natur, dem Trieb der Selbst- und Arterhaltung, die andere dem auf Vernunftserwägungen beruhenden Gedanken der Uneigennützigkeit. Alle diese und noch andere Momente führen schließlich dazu, daß der Nottäter nicht mehr zwei Handlungsmöglichkeiten hat, sondern zunächst einmal eine und sodann erst und ganz zuletzt eine zweite. Der Kreis der Handlungsmöglichkeit des Nottäters erfährt also eine weitere sehr erhebliche Verengerung, eine Verengerung, die praktisch, wenn man wie erforderlich auf die durchschnittliche Einstellung der Rechtsunterworfenen in einer solchen Zwangslage abstellt, einer Beschränkung auf eine Handlungsmöglichkeit und damit einer Unfreiheit gleichkommt, oder, um ein Bild zu gebrauchen, die Handlungs- oder Entscheidungsfreiheit eines Menschen, der sich im Notstand befindet, gleicht der Bewegungsfreiheit oder Aufenthaltsfreiheit eines Tieres, das zu Zwecken der Jagd in einen engen Gang getrieben worden ist, der nur noch zwei Bewegungsmöglichkeiten zuläßt, eine nach rückwärts in die Richtung der Treiber oder Hunde, die andere nach vorwärts in den Pferch oder vor den Stand des Jägers. Daß dieses Tier noch eine Freiheit der Bewegung hat, die Fähigkeit, seinen Aufenthaltsort selbst zu bestimmen, wird man wohl kaum behaupten können. Im Gegenteil, dieses Tier ist bereits in seiner Bewegung und Ortsveränderung unfrei und in demselben Stadium von Unfreiheit befindet sich derjenige, der in Notstand gerät. Auch er hat nur noch zwei unabänderliche und extreme Handlungsmöglichkeiten, die beide ein gewisses Uebel bedeuten, und von denen die eine durch die andere überschattet wird.

Damit sind jedoch die Gesichtspunkte, die die Willens- und Entscheidungsfreiheit des Nottäters berühren, noch nicht erschöpft. Zu diesen mehr äußeren oder objektiven Gesichtspunkten treten noch verschiedene rein subjektive oder innere Momente.

Man stelle sich vor: der Nottäter sieht die ihn oder einen seiner Angehörigen bedrohende Gefahr in ihrer Gegenwärtigkeit und Unmittelbarkeit. Er weiß, daß es nur ein Mittel zur Vermeidung der Auswirkungen der Gefahr

gibt, nämlich unverzügliche Ausführung der Nottat, und daß jedes andere Verhalten den Eintritt des gefürchteten Leibes- oder Lebensschadens zur Folge hat. Seine Vorstellung umfaßt den Tatsachen vorauseilend bereits den Eintritt dieses Schadens. Die Folge ist eine erhebliche Störung seines seelischen Gleichgewichts. Sein Gefühlsleben gerät in einen ungewöhnlichen Zustand, der Erregung, Spannung und Unlust. Gefühle mannigfachster Art, z. B. der Furcht, der Hoffnung, der Verzweiflung, des Mitleids und dergleichen, stürmen auf ihn ein und drängen ihn bald nach dieser, bald jener Willensrichtung. Die Folge hiervon wiederum ist eine gewisse Unregelmäßigkeit der Denk- und Ueberlegungstätigkeit[45]). Die Gedanken und Ueberlegungen des Nottäters werden ungewöhnlich beschleunigt und in gewisser Weise krampfhaft, zu mindesten aber sprung- und lückenhaft. Gewisse Gedanken und Ueberlegungen, oder um gleichzeitig auch auf die mehr unbewußte Seite der Motivation abzustellen: gewisse Triebe werden übermächtig, beherrschen sein Gedanken- und Vorstellungsbild, andere, insbesondere solche hemmender Art, werden abgeschwächt oder fallen gänzlich aus. Die Schlußfolgerungen und Gedankenverbindungen werden unsicher und die Werturteile ungenau. Kurz, das gesamte Bild der Motivation ist ein ganz anderes als sonst. Und berücksichtigt man schließlich noch, daß alle diese inneren Vorgänge sich auf einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum zusammendrängen, und daß bei jeder Gefahr eine gewisse Eile des Handelns geboten ist, so wird man zugeben müssen, daß der seelisch und geistige Zustand des Nottäters ein höchst ungewöhnlicher ist, und daß, wenn er jetzt in diesem Zustand einen Entschluß faßt, gleichgültig nun, ob erwarteterweise in Richtung der Ausführung oder unerwarteterweise in Richtung der Unterlassung der Nottat, dieser Entschluß weniger auf seinem eigenen freien Willen und seiner eigenen freien Ueberlegung beruht, als vielmehr auf dem Zwang der objektiven und subjektiven Tatumstände. Der Nottäter handelt nicht, weil er will, sondern weil er muß, weil die Situation gebieterisch und suggestiv eine Entscheidung zwischen den beiden letzten Handlungsmöglichkeiten fordert. Bestände dieser Zwang zum Handeln nicht und be-

45) So schon Feuerbach, Lehrbuch, § 90 a u. 91, in denen er von einer Störung des normalen Gleichgewichts der Seelenkräfte durch Notstand spricht.

fände sich der Nottäter nicht in dem seelischen und geistigen Ausnahmezustand und hätte er vor allen Dingen auch nur die geringste und kleinste dritte Handlungsmöglichkeit, würde er sofort und mit Freuden auf die beiden extremen Handlungsmöglichkeiten des Notstandes verzichten und sich für diese dritte Handlungsmöglichkeit entscheiden. Darin, daß er dies nicht kann, daß er in seiner objektiven und subjektiven Zwangslage handeln muß, obwohl er garnicht handeln möchte, und so handeln muß, wie er sonst unter normalen Tatumständen aller Wahrscheinlichkeit nach niemals handeln würde, liegt seine Unfreiheit und das gemeinsame Merkmal, das ihn mit der Unzurechnungsfähigkeit verbindet. Denn auch der unzurechnungsfähige Täter handelt nicht, weil und wie er will, sondern weil und wie er auf Grund seines besonderen geistigen Zustandes handeln muß.

Der Unterschied ist nur der, daß — um damit zum Ausgangspunkt der Betrachtung zurückzukommen — der geistige Zustand des unzurechnungsfähigen Täters ein ganz anderer ist als der des Nottäters und auf einem ganz anderen psychologischein Gebiete liegt. Denn, so un- und außergewöhnlich auch der Zustand des Nottäters ist und so sehr die einzelnen inneren Vorgänge von denen eines unter normalen Tatumständen handelnden Täters abweichen, so darf man doch das eine nicht übersehen, daß hierbei niemals die Grenze desjenigen überschritten wird, was man in medizinisch-psychologischem Sinne „normal" nennt. Gewiß, das Gefühlsleben des Nottäters befindet sich in einem Zustand außergewöhnlicher Erregung, Spannung und Unlust. Die Gefühle sind sehr intensiv und der Wechsel der Gefühle ist sehr schnell. Die Vorstellungen und Ueberlegungen des Nottäters sind hastig, sprung- und in dem oben angegebenen Sinne lückenhaft. Und auch das Triebleben des Nottäters ist in gewisser Hinsicht übersteigert. Es würde jedoch auf jeden Fall zu weit führen, wollte man hierin, in diesen Vorgängen schon etwas Anormales oder Abnormes im medizinisch-psychologischen Sinne erblicken. Anormal oder abnorm ist etwas, was krankhaft ist, organisch mangelhaft ist, eine konstitutionelle Störung der menschlichen Psyche bedeutet. Eine solche liegt jedoch beim Nottäter nicht vor, jedenfalls nicht beim typischen Fall des Nottäters. Intensive Grade des Gefühls und schnelle Aenderung des Gefühlsinhaltes können jeden Augenblick

bei jedem Menschen auftreten. Das Gefühl ist in gewisser Hinsicht auf derartige Veränderungen eingestellt, und ebenso ist es mit der Beschleunigung und der darauf beruhenden Sprung- und Lückenhaftigkeit und Einseitigkeit der Gedanken und Vorstellungen. Auch diese Erscheinungen brauchen noch keine organisch bedingten Mängel zu bedeuten. Jeder Mensch, der dauernden und schnell wechselnden Eindrücken der Außenwelt ausgesetzt ist, namentlich solchen des Verkehrs und Berufslebens, zeigt mit gewisser Regelmäßigkeit solche Erscheinungen. Und was schließlich die Einseitigkeit und Uebersteigerung des Trieblebens anbetrifft, so kann man ebenfalls hierin allein noch keine Anormalität erblicken. Zu einer solchen gehört mehr, gehört eine gewisse Krankhaftigkeit der geistigen Vorgänge und Grundlagen, und damit ist man auf den eigentlichen Unterschied zwischen Notstand und Unzurechnungsfähigkeit in subjektivem Sinne gekommen. Unzurechnungsfähigkeit stellt, wie das Gesetz sagt, eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit — von der Erscheinung der Bewußtlosigkeit abgesehen — dar; der psychische Zustand des Nottäters ist zwar ungewöhnlich, kann jedoch nicht als eine solche krankhafte geistige Störung bezeichnet werden. Die Unzurechnungsfähigkeit macht den von ihr Betroffenen in psychischer Hinsicht zu einer Ausnahmeerscheinung. Der Nottäter stellt keine solche Ausnahmeerscheinung dar, seine psychischen Funktionen überschreiten nicht die Grenze des Normalen. Unzurechnungsfähigkeit ist eine pathologische Erscheinung, Notstand nicht. Und das ist letzten Endes der Grund, weshalb Notstand keine besondere Erscheinungsform der Unzurechnungsfähigkeit darstellt. Notstand und Unzurechnungsfähigkeit sind — wenn man sie schon einmal auf eine einheitliche Formel bringen will — zwei verschiedene Erscheinungsformen derselben Gattung, nämlich der Gattung Unfreiheit[46]). Ob sich hieraus irgendwelche Folgerungen für das eigentliche Ziel der Untersuchung, die Erklärung des Notstandes in subjektiver Hinsicht, ergeben, ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist. Hier galt es nur, das Verhältnis von Notstand und Zurechnungsfähigkeit bezw. Unzurechnungsfähigkeit festzustellen, und dies besteht nicht darin, daß der Nottäter unzurechnungsfähig ist.

46) Aehnlich H. v. Ferneck, Notst. u. Notw., S. 106 ff., insbes. auch S. 116.

Gewiß, es mag auch Fälle geben, in denen die Erscheinung des Notstandes mit einer Unzurechnungsfähigkeit des Nottäters verbunden ist, so namentlich dann, wenn die Gefahr des Notstandes sehr plötzlich und überraschend auftritt oder außergewöhnlich intensiv ist und lange anhält oder auch die psychische Widerstandsfähigkeit des Nottäters aus irgendwelchen anderen Gründen geschwächt ist. In allen diesen und ähnlichen Fällen ist es durchaus denkbar und möglich, daß der Nottäter unzurechnungsfähig wird und in Unzurechnungsfähigkeit handelt. Diese Unzurechnungsfähigkeit ist jedoch ebenso wie die oben erwähnte gelegentliche Rechtfertigung strafrechtlicher Nottaten eine besondere, zusätzliche, deren Ursache nicht in der Erscheinung des Notstandes, sondern anderen, zum Notstand hinzutretenden und ihn variierenden besonderen Tatumständen, eben der Plötzlichkeit der Gefahr, ihrer außergewöhnlichen Intensität und Dauer oder der besonderen geistigen Beschaffenheit des Täters liegt. Die typische Wirkung des Notstandes besteht jedenfalls nicht in der Unzurechnungsfähigkeit des Nottäters.

§ 5.

III. Notstand und Vorsatz.

Der Weg der weiteren und eigentlichen Untersuchung von Notstand und Schuld ist oben bei der systematischen Betrachtung des Schuldproblems bereits des näheren festgelegt worden. Danach ist zunächst das Verhältnis von Notstand und Vorsatz und Notstand und Fahrlässigkeit zu bestimmen, erst dann können Erörterungen allgemeiner Art angestellt werden. Sämtliche Erörterungen sind dabei in erster Linie und im wesentlichen auf die im Verlauf des Schuldentwickelungsprozesses in Erscheinung getretenen Elemente oder Merkmale der beiden Schuldmöglichkeiten abzustellen. Denn Notstand kann nur dann ein Entschuldigungsgrund sein, wenn er mindestens ein Element der Schuld oder der beiden Schuldmöglichkeiten eliminiert.

Erstes und, weil allseitig anerkannt, unerläßlichstes Element vorsätzlicher Schuld ist das sogenannte Wissen und Wollen des Tatbestandes; also wird man die Erscheinung des Notstandes zuerst diesem Wissen und Wollen des Tatbestandes gegenüberstellen und festzustellen versuchen, ob dieses Wissen und Wollen das dem Notstand entsprechende Schuld-, oder nunmehr enger gefaßt: das dem Notstand entsprechende Vorsatzelement ist. Die Frage, die es hierbei zu beantworten gilt, ist eine ähnliche wie die, die es bei der Untersuchung des Verhältnisses von Notstand und Unzurechnungsfähigkeit zu beantworten galt. Sie lautet: Wie wirkt Notstand auf das Wissen und Wollen des Tatbestandes ein? Schließt er diese psychologische Beziehung aus der inneren Einstellung des Täters zu seiner Tat aus oder läßt er sie in ihrer Existenz unberührt? Verhält sich Notstand zu Wissen und Wollen des Tatbestandes indifferent?

Die Frage ist im letzteren Sinne zu beantworten. Notstand verhält sich zu Wissen und Wollen des Tatbestandes indifferent, schließt dieses Element nicht aus und zwar deswegen, weil er ganz allgemein weder die menschliche Wissens- oder Bewußtseins- noch die menschliche Willensfunktion ausschließt. Derjenige, der in Notstand handelt,

hat im allgemeinen seine volle Bewußtseins-[47]) und Willensfähigkeit und hat sie insbesondere auch in bezug auf den gesetzlichen Tatbestand, wie sich jederzeit aus der Vorstellung der inneren Lage eines Nottäters ergibt. Die Tatsache, daß der Wille in Unfreiheit gefaßt wird, ändert daran nichts. Ebensowenig der Umstand, daß Wissen und Wollen des Tatbestandes gelegentlich wegfallen können, es, wie sich später noch zeigen wird, auch Notstandshandlungen ohne Wissen und Wollen des Tatbestandes gibt. Ist letzteres der Fall, handelt der Nottäter einmal ohne Wissen und Wollen des Tatbestandes, so ist dies ähnlich wie in den oben erwähnten Fällen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, nicht auf die Tatsache des Notstandes, sondern auf andere zu Notstand hinzutretende Tatumstände zurückzuführen, die dementsprechend eine besondere Beurteilung erfordern. Ausschluß des Wissens und Wollens des Tatbestandes ist jedenfalls nicht die typische Wirkung des Notstandes und dieses Wissen und Wollen darum nicht das dem Notstand entsprechende Schuldelement.

Dasselbe gilt es auch für das im Verlauf des Schuldentwicklungsprozesses an zweiter Stelle aufgetretene Schuld- oder Vorsatzelement, das gegenwärtig seiner gesetzlichen Anerkennung entgegengehende Bewußtsein der Rechtswidrigkeit festzustellen; auch dieses ist nicht das dem Notstand entsprechende Vorsatzelement und kann es nicht sein und zwar deswegen nicht, weil derjenige, der in Notstand handelt, in der Regel neben dem Wissen und Wollen des Tatbestandes auch die Empfindung hat, daß die von ihm vorgestellte und zur Ausführung zu bringende Handlung objektiv mit den Interessen der Allgemeinheit — sei es nun, daß man diese im kulturellen, sozialen oder rechtlichen Sinne auffaßt — nicht in Einklang zu bringen ist, sondern diesen Interessen widerstreitet. Diese Empfindung genügt aber, um das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als gegeben anzusehen. Hat der Nottäter ausnahmsweise einmal diese Empfindung oder dieses Bewußtsein nicht, so ist dies ebenso wie in den Fällen krankhafter Störung der Geistestätigkeit und mangelnden Wissens und Wollens des Tatbestandes nicht auf die Tatsache des Notstandes, sondern auf andere, besonders zu beurteilende Tatumstände zurückzuführen, z. B. auf die irrtümliche Annahme, daß

47) Frank, Aufbau 2, S. 6.

Notstand ein Rechtfertigungsgrund sei oder dergleichen mehr. Ausschluß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ist jedenfalls ebenso wenig die typische Wirkung des Notstandes, wie es der Ausschluß des Wissens und Wollens des Tatbestandes war. Was aber für das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in seiner direkten Form gilt, das muß natürlich erst recht für die beiden abgeschwächten Formen dieses Bewußtseins, für das Bewußtsein der möglichen Rechtswidrigkeit und das mögliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gelten; auch diese können nicht das dem Notstand entsprechende Schuldelement sein.

Die Folgerung, die sich aus dieser sowie der vorerwähnten Feststellung ergibt, ist sowohl in schuld- wie in notstandsrechtlicher Hinsicht sehr bedeutsam; denn ist es so, daß weder das Wissen und Wollen des Tatbestandes noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit das dem Notstand entsprechende Schuld- bezw. Vorsatzelement ist, dann kann ein Schuldsystem, das Vorsatz nur auf diese beiden psychologischen Merkmale beschränkt oder gar auf eins dieser beiden, Notstand unmöglich als Vorsatz-Ausschlußgrund normieren, oder umgekehrt: dann kann ein Strafrechtssystem, das Notstand als Entschuldigungsgrund normiert, Vorsatz unmöglich auf ein Wissen und Wollen des Tatbestandes und ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder gar eines dieser beiden Elemente beschränken. Es gibt nur diese beiden Möglichkeiten: Entweder man beschränkt Vorsatz auf ein Wissen und Wollen des Tatbestandes zusätzlich eines gegebenenfalls noch anzuerkennenden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und gibt es auf, Notstand als Vorsatz- und damit allgemein als Schuldausschlußgrund zu normieren, normiert ihn z. B. als besonderen Straflosigkeitsgrund; oder aber man normiert Notstand als Entschuldigungsgrund: dann muß der Begriff der vorsätzlichen Schuld noch andere als die oben erwähnten beiden Merkmale umfassen. Jede andere Möglichkeit oder Konstruktion, insbesondere diejenige, die gegenwärtig in der Rechtspraxis vertreten wird, oder diejenige, die in der Rechtslehre zum Ausdruck kommt und darin besteht, Notstand als Entschuldigungsgrund zu normieren, den Inhalt des Vorsatzes aber auf die erwähnten beiden psychologischen Merkmale oder gar eins derselben zu beschränken, ist, wie bereits einmal erwähnt, nicht nur eine theoretisch dogmatische Unmöglichkeit, sondern auch ein logischer Wider-

spruch[48]), denn sie bedeutet einen Schuldausschluß unter Aufrechterhaltung sämtlicher Schuldelemente, eine Negation ohne eine Größe, die negiert wird; ein Umstand, der entweder darauf hinweist, daß die Erklärung des Notstandes als Entschuldigungsgrund unhaltbar oder aber die begriffliche Konstruktion der Schuld unvollkommen ist. Welche dieser beiden Möglichkeiten bei dem Schuldsystem der Rechtspraxis oder der Rechtslehre zutrifft, ist eine Frage, deren Beantwortung sich aus dem Verlauf der weiteren Untersuchung ergeben wird. Hier galt es zunächst nur die Tatsache festzustellen, daß weder das Wissen und Wollen des Tatbestandes noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Vorsatzelemente die Schuldnegation des Notstandes begründen können. Das bedeutet aber weiterhin, daß die gegenwärtig in der Gesetzgebung sich geltend machenden und schon zu einer gewissen Reife gediehenen Bestrebungen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Element oder, was dem gleichkommt, als Erfordernis vorsätzlicher Schuld aufzustellen, so wertvoll und erwünscht sie im übrigen sein mögen, vom Standpunkt einer subjektiven Erklärung des Notstandes ohne Bedeutung sind, keine positive Lösung des Schuld-Notstandsproblems ermöglichen, höchstens die negative, daß Notstand kein Entschuldigungsgrund ist. Für diese Lösung, die in gewisser Hinsicht eine ultima ratio in der Erklärung des Notstandes bedeutet — denn sie würde zu einer rein äußerlichen und formellen Erklärung des Notstandes als eines besonderen Straflosigkeitsgrundes und damit zu einem Verzicht auf eine innerlich begründete Erklärung des Notstandes führen[49]) — wird man sich jedoch erst dann entscheiden können, wenn sämtliche positiven Lösungsmöglichkeiten des Schuld-Notstandsproblems erschöpft sind. Dies ist augenblicklich noch nicht der Fall: denn noch bestehen drei solcher positiven Lösungsmöglichkeiten. Sie liegen in den oben bei der Darstellung des Schuldproblems an letzter Stelle erwähnten Schuldtheorien Goldschmidts, Franks und Freudenthals begründet bezw. in deren besonderen Schuldelementen: der auf der Verletzung einer Pflichtnorm beruhenden Pflichtwidrigkeit, der aus äußeren und inneren Elementen bestehenden Freiheit oder Tatherrschaft und dem in den Worten „sollen und können“ in Erscheinung

48) Aehnlich Frank, „Ueber den Aufbau“ 2, S. 6 und Erik Wolf, S. 160.

49) Gr. z. Dohna „die Rechtswidrigkeit“, S. 123.

tretenden Element der Zumutbarkeit. Diese drei Lösungsmöglichkeiten wird man erst noch untersuchen müssen, ehe man sich mit einer Normierung des Notstandes außerhalb des allgemeinen Verbrechenssystems begnügen kann.

Hierbei, bei dieser Untersuchung des Verhältnisses von Notstand und Pflichtwidrigkeit im Sinne Goldschmidts, Notstand und Freiheit im Sinne Franks und Notstand und Zumutbarkeit im Sinne Freudenthals — denn darauf würde die angedeutete Untersuchung hinauslaufen — darf man allerdings das eine nicht übersehen, daß diese drei Schuldelemente bezw. die auf sie begründeten Schuldtheorien, noch äußerst umstritten und zweifelhaft sind, vielleicht ebensosehr, als es die zu einer gewissen Anerkennung gediehene Schuldtheorie des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in ihren Anfangszeiten war. Diese Umstrittenheit und Zweifelhaftigkeit würde naturgemäß auch zu einer solchen des vorliegenden Ergebnisses führen. Dieser Gefahr muß beizeiten begenet werden und kann am besten in der Weise begegnet werden, daß man zunächst einmal völlig voraussetzungslos und unabhängig von allen Theorien als Grundlage aller weiteren Untersuchungen die allgemeinen Wirkungen des Notstandes in subjektiver Hinsicht feststellt, insbesondere auch feststellt, wie Schuld und das dem Notstand entsprechende Schuldelement gestaltet sein müßte, wenn Notstand ein Entschuldigungsgrund wäre. Auf Grund dieser zunächst rein hypothetischen Feststellungen, bei denen man selbsverständlich die oben bei der Untersuchung von Notstand und Unzurechnungsfähigkeit getroffenen Feststellungen weitgehend verwerten kann, wird es dann ein Leichtes sein, das Verhältnis des Notstandes zu den drei Schuldtheorien oder Schuldelementen Goldschmidts, Franks und Freudenthals festzustellen, insbesondere auch festzustellen, welches dieser drei Schuldelemente am besten und vollkommensten die Straf- und Schuldlosigkeit des Nottäters rechtfertigen kann.

Hierbei, bei dieser Feststellung der allgemeinen subjektiven Wirkung des Notstandes, kommt es allerdings nicht so sehr darauf an, alle irgendwie denkbaren Wirkungen festzustellen, als vielmehr in erster Linie die besonderen und negativen Wirkungen. Denn nur mit solchen läßt sich die Schuld- und Straflosigkeit des Nottäters erklären. Der Nottäter muß, wenn man Notstand in subjektiver Richtung erklären will, im Vergleich mit anderen Tätern eine be-

sondere oder typische Eigenschaft aufweisen, andernfalls es unerklärlich wäre, warum gerade er schuld- und straflos sein soll und die andern Täter nicht. Und er muß ferner eine negative Eigenschaft, einen subjektiven Mangel aufweisen, da es sonst wiederum unverständlich wäre, wieso bei ihm das allgemeine Unwerturteil der Schuld negiert oder aufgehoben sein soll und bei anderen Tätern nicht. Die typische negative Wirkung des Notstandes in subjektiver Hinsicht gilt es festzustellen, wenn man den Notstand als Entschuldigungsgrund erklären will.

In dieser Hinsicht, der Feststellung der typischen und negativen Wirkung des Notstandes ist nun folgendes zu sagen:

Die erste und unmittelbarste Wirkung des Notstandes in subjektiver Hinsicht ist, wie sich jederzeit aus der Vorstellung eines konkreten Notstandsfalles ergibt, diejenige auf die Wahrnehmungsfähigkeit des Nottäters. Derjenige, der in Notstand gerät, sieht die Gefahr, er sieht die Richtung der Gefahr und das bedrohte Objekt, er erkennt seine Beziehungen zu diesem Objekt und zugleich auch die Tatsache, daß es kein anderes Mittel zu seiner Rettung gibt als eine objektiv rechtsverletzende Handlung. Der Notstand geht mit einem Wort gesagt in das Bewußtsein des Nottäters über.

Daß hierin, in dieser Wahrnehmungs- oder Bewußtseinsreaktion des Nottäters eine besondere und negative Wirkung des Notstandes liegt, wird man wohl kaum behaupten können; im Gegenteil, diese Wirkung ist weder besonders noch negativ. Besonders insofern nicht, als jede äußere Erscheinung, die in den Wahrnehmungskreis eines Menschen gelangt, dort ein ihrem Inhalt entsprechendes Bewußtseinsbild hervorruft; negativ insofern nicht, als eine negative Wirkung in der Beseitigung etwas Vorhandenem besteht, hier aber gerade etwas nicht Vorhandenes hervorgerufen wird. Die Bewußtseins- oder Wahrnehmungsreaktion des Nottäters ist jedenfalls nicht geeignet, die Schuld- und Straflosigkeit des Notstandes zu erklären.

Dasselbe, wenn auch schon mit gewisser Einschränkung, gilt es für zwei andere psychische Reaktionen des Nottäters in seinem Notstand festzustellen. Es sind diejenigen, die sich aus der Bewußtseinsreaktion entwickeln und in Erscheinungen des Gefühls- und Gedankenlebens bestehen.

Was zunächst die Reaktionen des Gefühlslebens anbetrifft, so bestehen sie wie bereits einmal ausgeführt[50]) darin, daß im Augenblick des Notstandes oder seiner Wahrnehmung zahlreiche Gefühle der Furcht, der Verzweiflung, der Hoffnung des Mitleides u. ä. entstehen, diese ungewöhnlich intensiv sind, in einem gewissen Widerstreit miteinander liegen und das gesamte Gefühlsleben des Nottäters in einen Zustand äußerster Erregung, Spannung und Unlust versetzen. Dieser Zustand trägt sowohl den Charakter des Negativen — denn er bedeutet eine Beseitigung oder Störung des vor dem Notzustand vorhanden gewesenen Gleichgewichts- oder Ruhezustands des Gefühls — als auch den des Ungewöhnlichen und Besonderen; denn der normale und gewöhnliche Zustand oder Verlauf der Gefühle bewegt sich wie bereits einmal ausgeführt nicht in einer derartigen Linie hochgradiger Erregung, Anhäufung und schnellen Wechsels der Gefühle. Frage ist nur, ob dieser Zustand wiederum so un- und außergewöhnlich ist, daß er eine völlige Schuld- und Straflosigkeit des Nottäters rechtfertigen kann und ob er insbesondere die typische Wirkung des Notstandes darstellt.

Diese Frage ist zu verneinen und zwar in doppelter Hinsicht: einmal deswegen, weil diese Erregung der Gefühle, wie sie der Nottäter zeigt, wenn auch ungewöhnlich, so doch immer noch innerhalb des normalen Rahmens und der normalen Beschaffenheit der Gefühlsfunktion liegt, das Gefühl, wie bereits bemerkt, seiner Natur nach auf derartige Reaktionen eingestellt ist, jeder Mensch gelegentlich eine derartige Reaktion zahlreicher, intensiver und schnell wechselnder Gefühle zeigt, insbesondere aber — und damit kommt man zu dem zweiten und eigentlichen Grund, der gegen die Erklärung des Notstandes in gefühlsmäßiger Hinsicht spricht — jeder wissent- und willentlich handelnde Täter eine derartige Reaktion aufweist. Fast jeder, der wissent- und willentlich einen strafbaren Tatbestand erfüllt, unterliegt, soweit er noch nicht auf Grund einer gewohnheitsmäßigen Uebung oder aus einem sonstigen Grunde zu einer gewissen Abstumpfung seiner Gefühle gelangt ist, bei der Erfüllung des strafrechtlichen Tatbestandes einem mehr oder weniger heftigen Ansturm der Gefühle. Gefühle der Furcht, der Hoffnung, des Zweifels,

50) S. 36.

der Erregung, Spannung und Unlust entstehen und schaffen einen Zustand, der infolge der Aehnlichkeit der äußeren Sachlage (denn auch der wissent- und willentlich ohne Notstand handelnde Täter befindet sich in einer gewissen Gefahrenlage und zwar nicht nur einer solchen für Freiheit und Ehre, sondern sehr oft auch für Leib und Leben), sowohl inhaltlich wie graduell der des Nottäters auffallend entspricht. Ist dem aber so, daß jeder Mensch gelegentlich, insbesondere aber fast jeder wissent- und willentlich handelnde Täter einer strafbaren Handlung derartige intensive und schnell wechselnde Reaktionen des Gefühls zeigt, die Gefühlserregung des Nottäters also eine verhältnismäßig allgemeine Erscheinung ist, dann kann sie natürlich nicht den Grund für die Schuld- und Straflosigkeit des Nottäters bilden, dann muß dieser Grund in anderen Momenten liegen, andernfalls es unerklärlich wäre, warum gerade der Nottäter straflos sein soll und die anderen Täter nicht.

Aehnlich liegt es mit den Gedanken- und Vorstellungsreaktionen des Nottäters. Auch diese sind zunächst in gewissem Sinne negativ und ungewöhnlich. Negativ insofern, als die Gesamtheit der Gedanken und Vorstellungen wie oben ausgeführt[51]) hastig, sprunghaft, lückenhaft und in ihrem Ergebnis unsicher ist, insbesondere gewisse hemmende Gedanken und Vorstellungen wegfallen; ungewöhnlich deshalb, weil bei einem normalen Verlauf der Geschehnisse diese Unregelmäßigkeiten nicht auftreten. Aber auch hier ist dasselbe festzustellen, was soeben bezüglich der Gefühlsreaktionen des Nottäters festgestellt wurde, daß nämlich diese Unregelmäßigkeiten nicht ausreichen, eine völlige Schuld- und Straflosigkeit des Nottäters zu rechtfertigen. Einmal deswegen, weil sie nur partieller, nicht totaler Art sind, die Gedanken- und Vorstellungsfähigkeit des Nottäters im großen Ganzen erhalten bleibt; sodann aber auch deswegen, weil sie keine typische und besondere Wirkung des Notstandes, sondern ebenfalls eine ziemlich allgemeine Erscheinung bilden, auch bei zahlreichen anderen Gelegenheiten derartige Störungen auftreten. Die Straflosigkeit des Nottäters läßt sich aber, um es nochmals zu wiederholen, nur dann subjektiv erklären, wenn man eine besondere und negative Wirkung des Notstandes in subjektiver Richtung feststellen kann und diese Wirkung möglichst

51) S. 36.

umfassender, totaler Art ist. Eine solche Wirkung tritt aber weder auf der Gefühls-, noch der Ueberlegungsseite als vielmehr der Willensseite des Nottäters auf.

Was zunächst die Willensfunktion des Nottäters als solche, die Existenz des Willens anbetrifft, so wurde bereits festgestellt, daß diese durch Notstand nicht berührt oder betroffen wird. Berührt oder betroffen wird lediglich der Willensinhalt, die Willensbildung oder schließlich noch weiter in der Kette der Willensvorgänge zurückgehend: die Willensherrschaft des Nottäters, insofern als der Nottäter in seinem Notstand nicht mehr die Möglichkeit hat, seinen Willen frei nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu bestimmen, sondern auf Grund seiner objektiven und subjektiven Notlage so handeln muß, wie er unter normalen Umständen niemals handeln würde.

Was zunächst die Frage der Willensherrschaft oder Willensfreiheit im allgemeinen anbetrifft, so kann hier selbstverständlich nicht dieses gesamte und vielumstrittene Problem untersucht werden. Dies würde über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinausgehen. Nur soviel sei hier grundsätzlicher Art gesagt: Die Wahrheit scheint, wie so oft so auch hier in der Mitte der beiden Extreme zu liegen, insofern als der Mensch bei Annahme normaler Tatumstände weder willensunfrei noch völlig willensfrei, oder positiv ausgedrückt: teils willensunfrei, teils willensfrei ist. Er ist insofern willensunfrei, als er in der Bestimmung seines Willensinhaltes an zahlreiche unabwendbare Tatsachen und Kräfte seiner Um- und Innenwelt gebunden ist, z. B. an bestimmte Naturkräfte, die er noch nicht zu beherrschen gelernt hat, an die seinem Einfluß entzogene Beschaffenheit seiner Mitmenschen, an seine eigene körperliche und geistige Beschaffenheit und Veranlagung, seine Erziehung, Vererbung und anderes mehr. Im übrigen, innerhalb des von diesen und anderen unabänderlichen Tatsachen gezogenen Rahmens, der für die einzelnen Individuen und hier wiederum nach Ort, Zeit und Zusammentreffen der einzelnen Kräfte verschieden, also elastisch ist, ist er willensfrei, hat er die Fähigkeit und Möglichkeit sein Verhalten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu bestimmen genau so wie — um ein bereits einmal benutztes Bild zu variieren — ein jagbares, in der freien Natur lebendes Tier die Fähigkeit und Möglichkeit hat, sich innerhalb der von der Natur und den Jagdinteressenten gezogenen

Grenzen, wie z. B. Flußläufen, Wildgattern und dergl., nach eigenem Gutdünken und Belieben zu bewegen. Und eine solche relative Fähigkeit oder Freiheit ist es auch, die dem Nottäter in seinem Notstand genommen, oder genauer gesagt: auf ein ganz ungewöhnliches, praktisch einer Unfreiheit gleichkommendes Mindestmaß herabgedrückt wird, und zwar, wie oben ausgeführt, einmal dadurch, daß der Nottäter objektiv nicht mehr die normale Vielfaltigkeit seines Verhaltens hat, sondern nur noch zwei unabänderliche, ganz außerhalb des normalen Verlaufs der Dinge liegende Willens- oder Handlungsmöglichkeiten, die sich und dem Nottäter in einem Verhältnis starker Ungleichwertigkeit gegenüberstehen, und sodann und zweitens dadurch, daß er subjektiv infolge der ungewöhnlichen Erregung und Anspannung seiner Gefühle, der Unregelmäßigkeit und Sprunghaftigkeit seiner Gedanken und Vorstellungen, der notwendigen Eile des Handelns und der übermäßigen Stärke seines Selbst- oder Arterhaltungstriebes nicht mehr die erforderliche intellektuelle oder moralische Widerstandsfähigkeit besitzt, von diesen beiden letzten extremen Handlungsmöglichkeiten sich für diejenige zu entscheiden, die zu Verlust von Leben oder körperlicher Unversehrtheit seiner selbst oder eines seiner Angehörigen führt.

Gewiß, es mag auch Fälle geben, in denen derjenige, der sich in Notstand befindet, diese intellektuelle oder moralische Widerstandsfähigkeit aufweist, so daß er unter Ueberwindung der ihn zur Ausführung der Nottat drängenden Kräfte bewußt und willentlich sich für die zweite der beiden letzten Handlungsmöglichkeiten, der Aufopferung seines oder eines seiner Angehörigen bedrohten Lebens- oder Leibesinteresses entschließt. Hierbei darf jedoch zweierlei nicht übersehen werden; erstens einmal, daß diese Tatsache niemals etwas an der Existenz der äußeren und objektiven Zwangslage des Notstandes, der Beschränkung des Nottäters auf zwei unabänderliche, extreme Handlungsmöglichkeiten ändert, und ferner, daß diese Ueberwindung oder Widerstandsfähigkeit keine regelmäßige Erscheinung, sondern eine Ausnahmeerscheinung bildet, die an der oben getroffenen Feststellung von der allgemeinen Unfreiheit des Nottäters in abstrakto nichts ändert. Es gilt hier dasselbe, was schon wiederholt angedeutet wurde, daß man nämlich, wenn man allgemein gültige Feststellungen über die Rechtsnatur des Notstandes, sein Verhältnis zu Rechtswidrigkeit

und Schuld und hier wiederum zu Gefühl, Vorstellung und Wille feststellen will, die Untersuchung nicht auf einzelne konkrete Notstandsfälle, sondern auf den typischen Fall des Notstandes, so wie er in § 54 StGB. vorläufig noch abstrahiert worden ist, abstellen muß, und daß man ferner nicht einzelne konkrete Nottäter mit ihren besonderen Eigenschaften und Merkmalen, sondern den typischen Nottäter oder noch allgemeiner gesagt: den Typus Mensch betrachten muß, den der Gesetzgeber bei der Aufstellung seiner Tatbestände und Verhaltungsmaßregeln vorausgesetzt und sich vorgestellt hat: den Durchschnittstypus des Menschen[52]). Und dieser weist in der außergewöhnlichen Beschränkung seines Verhaltens auf zwei extreme Handlungsmöglichkeiten, von denen die eine Verlust des Lebens und der körperlichen Integrität seiner selbst oder eines seiner Angehörigen, die andere Rettung dieses Lebens- und Leibesinteresses im Wege einer objektiven Rechtsverletzung bedeutet, zweifellos nicht solche Ueberwindung oder Widerstandsfähigkeit auf, daß er sich für die erste dieser beiden Handlungsmöglichkeiten entscheidet. Dieser Durchschnittstypus greift in seiner inneren und äußeren Notlage mit einer gewissen Impulsivität und Zwangsläufigkeit zu der zweiten, ihm im Augenblick des Notstandes als kleineres Uebel erscheinenden Handlungsmöglichkeit, der der Ausführung der Nottat; genau so wie — um dieses Bild ein drittes und letztes Mal zu gebrauchen — das zu Zwecken der Jagd in einen engen Gang getriebene Tier impulsiv in die praktisch allein noch offen stehende Bewegungsrichtung nach vorwärts drängt, obwohl es natürlich rein theoretisch auch noch die zweite Möglichkeit hat, sich nach rückwärts gegen die Kette der Treiber und Hunde zu wenden. Hätte dieses Tier auch nur die geringste Gelegenheit, nach rechts oder links auszubrechen, würde es dies tun, vorausgesetzt, daß es diese Gelegenheit bemerkt. Hätte derjenige, der in Notstand gerät, auch nur die kleinste dritte Handlungsmöglichkeit, so würde er aller Wahrscheinlichkeit auf die beiden letzten unangenehmen Möglichkeiten des Notstandes verzichten und diese dritte Möglichkeit ergreifen. Darin, daß er dies nicht kann, daß er in seiner objektiven und subjektiven Bedrängnis handeln muß, obwohl er bei der Bedeutung der beiden

---

52) Aehnlich Wegner in „Kriminelles Unrecht", S. 44, Anm. 3 und vorher schon insbes. von Ferneck a. a. O., S. 110, 111, 116.

Handlungen garnicht handeln möchte, und so handeln muß, wie er unter normalen Tatumständen voraussichtlich niemals handeln würde, liegt seine Unfreiheit und das Merkmal, das ihn grundlegend von anderen wissent- und willentlich handelnden Tätern unterscheidet. Und dieses Merkmal ist es denn auch, das zunächst einmal allein die Straf- und Schuldlosigkeit des Nottäters erklären kann und als Grundlage für ein dem Notstand entsprechendes Schuld- oder Vorsatzelement in Betracht kommt. Alle anderen subjektiven Erklärungen oder Rechtfertigungsversuche des Notstandes sind allgemeinerer, abgeleiteter Natur und lassen sich darum letzten Endes stets auf diesen Gedanken der Unfreiheit des Nottäters zurückführen.

Und damit ist auch schon die zweite Frage beantwortet, die es bei dieser speziellen Untersuchung des Notstandes zu beantworten galt und ihren Ausgangspunkt bildete, die Frage, welche der oben erwähnten drei Theorien am besten und unmittelbarsten der besonderen Wirkung des Notstandes und der besonderen Natur des Nottäters entspricht. Es ist dies die Schuldtheorie Franks, die diese Eigenschaft in Form ihres Elementes der äußeren Freiheit oder Tatherrschaft aufweist, und daher wird man sich auch, wenn man sich vom Standpunkt des Notstandes für eine dieser drei Theorien zu entscheiden hat, zunächst einmal für die Schuldtheorie Franks und sein entsprechendes Schuldelement der Freiheit oder Tatherrschaft entscheiden, so daß also äußere Freiheit oder Tatherrschaft das dem Notstand entsprechende Schuld-, oder um bei der Untersuchung des Verhältnisses von Notstand und Vorsatz zu bleiben: das dem Notstand entsprechende Vorsatzenlement ist. Ob sich dieses Element in dieser Form wird aufrechterhalten lassen, ob es sich überhaupt wird aufrecht erhalten lassen, welche Stellung ihm in diesem Falle innerhalb des Schuldsystems und im Verhältnis zu den übrigen Schuldelementen zukommt, das sind alles Fragen, die von anderen, allgemeineren Erwägungen abhängig sind. Diese Erwägungen können jedoch wie oben ausgeführt, erst dann berücksichtigt werden, wenn das Verhältnis des Notstandes zu den beiden konkreten Schuldmöglichkeiten, Vorsatz und Fahrlässigkeit, festgestellt ist und letzteres, das Verhältnis von Notstand und Fahrlässgikeit festzustellen, soll Aufgabe der folgenden Untersuchung sein.

§ 6.
IV. Notstand und Fahrlässigkeit.

Der Gedanke einer näheren Untersuchung des Verhältnisses von Notstand und fahrlässiger Schuld mag im ersten Augenblick vielleicht etwas überraschend, wenn nicht gar absurd erschienen sein; nicht nur deswegen, weil eine solche auf die fahrlässige Schuld abgestellte Betrachtungsweise des Notstandsproblems etwas Ungewöhnliches ist, die bisherige Rechtslehre das Problem von Schuld und Notstand entweder lediglich unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Schuldnegation oder höchstens der einer Vorsatznegation[53]) betrachtete, sondern auch deswegen, weil sich die praktische Notwendigkeit einer solchen speziellen Untersuchung zunächst nicht erkennen läßt.

Und doch ist eine solche Notwendigkeit gegeben; sie besteht, um alle Gründe an dieser Stelle zusammenzufassen, einmal in der bereits anderweitig und soeben nochmals erwähnten Tatsache, daß man das Verhältnis von Notstand und Schuld nur dann restlos klären kann, wenn man zunächst einmal das Verhältnis des Notstandes zu den beiden konkreten Erscheinungsformen der Schuld, also auch zu der der Fahrlässigkeit, feststellt; sie besteht ferner darin, daß man, wenn man, wie soeben geschehen, das Verhältnis des Notstandes zu der Schuldmöglichkeit des Vorsatzes festgestellt hat, insbesondere auch festgestellt hat, daß der wissent- und willentlich handelnde Nottäter mangels äußerer Freiheit in vorsätzlicher Beziehung schuldlos ist, in Ergänzung dessen nunmehr auch feststellen muß, was mit diesem Täter in fahrlässiger Hinsicht geschieht oder geschehen soll, ob er auch in fahrlässiger Beziehung schuld- und straflos oder aber schuldhaft und strafbar sein soll. Was aber den dritten und letzten Grund anbetrifft, der für eine Untersuchung des Verhältnisses von Notstand und Fahrlässigkeit spricht, so läßt er sich am besten an Hand zweier praktischer Beispiele illustrieren, von denen das eine das Verhältnis von Notstand und bewußter Fahrlässigkeit, das andere das Verhältnis von Notstand und unbewußter Fahrlässigkeit betrifft.

53) Siehe auch Entwurf 1925, § 22.

Zunächst, man stelle sich vor: ein Arzt betreibt eine Praxis auf dem Lande und benutzt hierzu ein Kraftfahrzeug, das er selbst fährt. Eines Tages, als er sich in einem seinem Wohnort benachbarten Ort aufhält, erhält er die Nachricht, daß einer seiner Angehörigen einen schweren lebensgefährlichen Unfall erlitten hat und ein sofortiger ärztlicher Eingriff notwendig ist. Da andere ärztliche Hilfe nicht zu erreichen ist, beschließt der Arzt, sofort nach Hause zu fahren. Beim Anlassen des Motors bemerkt er einen Mangel an seinem Fahrzeug, der zwar nicht die Gebrauchsfähigkeit, wohl aber die Sicherheit desselben und die des allgemeinen Verkehrs beeinträchtigen würde. Die Bremsvorrichtung versagt, das Steuer arbeitet unsicher, die Beleuchtungsanlage setzt aus oder dergl. mehr. Der Arzt weiß als Kraftfahrer genau, daß dieser Mangel geeignet ist, generell und an sich einen Unfall und durch diesen die Tötung oder Verletzung anderer Personen herbeizuführen. Er weiß jedoch ebenso genau, daß im konkreten Falle die Entfernung zwischen seinem Aufenthalts- und seinem Wohnort sehr gering, die dorthin führende Straße geradlinig und übersichtlich ist und um die gegebene Zeit niemals Verkehr aufweist, und auf Grund dieser sowie anderer Tatsachen, nicht zuletzt auch seiner langjährigen Erfahrung als Kraftfahrer, rechnet er damit, daß er seinen Wohnort ohne Unfall erreichen werde. Der Eintritt eines Unfalles erscheint ihm jedenfalls völlig unwahrscheinlich und würde ihn auch unter allen Umständen von der Benutzung des Kraftfahrzeuges abhalten. Unterwegs tritt ein solcher Unfall ein; ein Mensch wird getötet oder verletzt oder ein anderer objektiv strafrechtlicher Tatbestand erfüllt. Die Frage, die sich hier erhebt, lautet ähnlich wie die vorher allgemein angedeutete, nämlich: kann dieser Arzt, der erstens einmal wegen mangelnden Wissens und Wollens des Tatbestandes, zweitens aber auch wegen seines Notstandes in vorsätzlicher Hinsicht nicht bestraft werden kann, wegen Fahrlässigkeit bestraft werden, oder schließt sein Notstand auch die Bestrafung wegen Fahrlässigkeit aus?

Oder um das zweite Beispiel, das auf den Gesichtspunkt der unbewußten Fahrlässigkeit abgestellt ist, nicht zu vergessen: Es geht jemand auf einer Straße, auf der sich plötzlich eine Gefahr für Leib oder Leben bemerkbar macht. Ein Balken droht von einem Gerüst herabzustürzen, ein Kraftwagen ist im Begriff auf den Bürgersteig zu fahren,

ein wildes Tier ist ausgebrochen oder dergl. mehr. Das einzige Mittel, der Gefahr zu entgehen, ist schleunige Flucht. Der Bedrohte wendet sich also um und stürzt davon. Dabei reißt er eine Person, die er nicht gesehen hat, um, stößt eine andere Person unwissent- und unwillentlich in eine Schaufensterscheibe und verletzt ebenso unwissent- und unwillentlich ein spielendes Kind oder dergl. mehr, so daß sich also auch hier die Frage einer Bestrafung wegen Fahrlässigkeit oder eines Fahrlässigkeitsausschlusses auf Grund des offensichtlich vorhandenen Notstandes erhebt. Oder, um nunmehr allgemein zu sprechen: beschränkt sich die Schuldnegation des Notstandes, vorausgesetzt daß Notstand ein Entschuldigungsgrund ist, auf die Schuldmöglichkeit des Vorsatzes, oder erfaßt sie auch die fahrlässige Schuld, ist Notstand ein allgemeiner oder nur ein spezieller, Vorsatz betreffender Negationsgrund? Das ist die Frage, die es im folgenden zu beantworten gilt und die Notwendigkeit einer Untersuchung von Notstand und Fahrlässigkeit beweist.

Die Frage ist, um das Ergebnis vorweg zu nehmen, im allgemeineren, umfassenderen Sinne zu entscheiden. Die Schuldnegation des Notstandes beschränkt sich nicht nur auf Vorsatz, sondern erstreckt sich auch auf Fahrlässigkeit und fahrlässige Handlungen und muß sich auf diese erstrecken, weil das Gesetz dies vorschreibt und jede andere Regelung dem klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, nämlich der Bestimmung des § 54 StGB. widersprechen würde. Denn diese Bestimmung sagt ausdrücklich, daß eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist, wenn der Täter im Notstand handelt, d. h. aber, wenn man die strafbaren Handlungen vom Gesichtspunkt der Schuld in solche vorsätzlicher und fahrlässiger Art einteilt, weder eine solche vorsätzlicher noch fahrlässiger Art vorhanden ist. Notstand muß, wenn man ihn schon einmal in subjektiver Hinsicht zu erklären versucht, ein allgemeiner, beide Arten der Verschuldung umfassender Schuldnegationsgrund sein[54]). Die Frage ist nur die — und hier setzt nun das eigentliche Problem des Verhältnisses von Notstand und Fahrlässigkeit ein —, ob und wie sich ein solcher allgemeiner, auf Fahrlässigkeit ausgedehnter Schuldausschluß des Notstandes rechtfertigen läßt. Oder, um die Untersuchung auch in

54) So auch Heimberger in Aschrott-Kohlrausch, S. 85.

dieser Hinsicht auf die Eigenschaft des Schuldproblems als eines Problems der Schuldelemente abzustellen, ob und welches Element die fahrlässige Schuld enthält oder enthalten muß, um den Fahrlässigkeitssausschluß des Notstandes zu rechtfertigen; denn auch hier bezügl. der Frage des Fahrlässigkeitsausschlusses des Notstandes gilt der allgemeine schon öfters erwähnte Grundsatz, daß Notstand nur dann ein Schuldausschlußgrund sein kann, wenn er mindestens einen Bestandteil oder ein Element des Schuldbegriffes ausschließt.

Der einfachste und nach den vorangegangenen Erörterungen über das Verhältnis von Notstand und Vorsatz psychologisch nächstliegende Weg, ein solches dem Notstand entsprechendes Fahrlässigkeitselement festzustellen, ist derjenige, der in dem Schuldsystem Franks[55]) seine Verwirklichung gefunden hat und darin besteht, daß man das Element der äußeren Freiheit oder Tatherrschaft als allgemeines, beide Arten der Verschuldung umfassendes Schuldelement aufstellt. Die Frage ist nur die, ob eine solche Verallgemeinerung der äußeren Freiheit im Sinne Franks, die naturgemäß zu einer weitgehenden Umgestaltung des Schuldsystems, insbesondere auch der fahrlässigen Schuld führen würde, vom Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit aus unbedingt notwendig und unvermeidlich ist, oder ob nicht die fahrlässige Schuld in ihrer bisherigen Form und Gestalt bereits ein solches, dem Notstand entsprechendes, der äußeren Freiheit nahekommendes Element aufweist? Und diese Frage ist allerdings zu bejahen.

Wie bereits einmal ausgeführt, geht die allgemein übliche und anerkannte Definition der fahrlässigen Schuld dahin, daß Fahrlässigkeit ein Mangel der erforderlichen und möglichen Sorgfalt ist, ein Außerachtlassen der Aufmerksamkeit, zu der der Täter verpflichtet und imstande war, die er aufbringen „sollte und konnte“[56]).

So brauchbar diese Definition oder Erklärung in praktischer Hinsicht ist, und so sehr sie allen Versuchen einer wesentlichen Umgestaltung Widerstand geleistet hat so wenig ist sie geeignet, theoretisch dogmatischen Anforderungen zu genügen. Denn was heißt Mangel an Aufmerksamkeit oder Sorgfalt? Was bedeutet „sol-

55) 15.—17. Auflage des Kommentars Nr. II vor § 51.

56) Siehe hierzu und zum folgenden besond. Engisch, § 19 „die Fahrlässigkeit als mangelnde Sorgfalt“, S. 266 ff.

len und können", „verpflichtet und imstandesein"? Welche Einzelbestandteile enthält die Fahrlässigkeit? Worin liegt das Wesenselement der Fahrlässigkeit und der Unterschied gegenüber dem Vorsatz? Alle diese und ähnliche Fragen lassen sich aus der üblichen Fahrlässigkeitsdefinition unmittelbar nicht beantworten; diese Fragen können nur dann beantwortet werden, wenn man diese Definition, insbesondere aber den komplizierten Begriff des Sorgfalts- oder Aufmerksamkeitsmangels in seine Einzelbestandteile auflöst. Denn dann ergibt sich, daß Fahrlässigkeit aus zwei scharf voneinander zu scheidenden Teilen besteht: einem tatsächlichen oder psychologischen oder gänzlich oder teilweise negativen und einem wertenden und positiven Teil. Der tatsächliche, psychologische oder gänzlich oder teilweise negative bestimmte Teil liegt in den Worten Mangel an Aufmerksamkeit oder Sorgfalt und dient dazu, die Fahrlässigkeit nach oben, nach der Seite des Vorsatzes und die beiden Fahrlässigkeitsarten (bewußte und unbewußte Fahrlässigkeit) untereinander abzugrenzen; der wertende und positive Teil tritt in den Worten „verpflichtet und imstandesein", „sollen und können" oder wie Freudenthal ihn einheitlich genannt hat: „Zumutbarkeit" in Erscheinung und grenzt die Fahrlässigkeit nach dem Gebiet der Nichtschuld ab, erhebt also, wenn man so sagen kann, die Fahrlässigkeit erst zu einer eigentlichen Schuldform oder Schuldmöglichkeit.

Was den ersten Teil der Fahrlässigkeit, den Sorgfalts- oder Aufmerksamkeitsmangel[57]) anbetrifft, so besteht er zunächst und in beiden Fällen der Fahrlässigkeit darin, daß der Täter den Eintritt des von ihm herbeigeführten Erfolges abgelehnt hat, den Erfolg nicht verwirklichen wollte. Hierin liegt das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Vorsatz, dessen wichtigstes Element ja gerade dieser Wille zum Erfolge ist. Ein zweites Merkmal dieses psychologischen oder tatsächlichen Teils bezieht sich auf das

57) Im Interesse einer klaren Begriffsbestimmung dürfte es zweckmäßig sein, für den 1. Teil der Fahrlässigkeit stets nur den Begriff der Aufmerksamkeit oder der mangelnden Aufmerksamkeit zuwenden. Denn der Begriff der Sorgfalt oder mangelnden Sorgfalt ist kein rein tatsächlicher oder psychologischer mehr, sondern schon ein wertender, der die Wertungseigenschaft des 2. Teils bereits vorwegnimmt. Aufmerksamkeit ist Inhalt einer Tatsachenfeststellung; Sorgfalt ein Werturteil.

Wissen oder die Vorstellung des Täters von der Tat und unterscheidet die beiden Fahrlässigekitsarten untereinander und besteht darin, daß der Täter entweder an die Möglichkeit des Erfolges gedacht, den von ihm verwirklichten Tatbestand sich vorgestellt hat (bewußte Fahrlässigkeit) oder an diese Möglichkeit nicht gedacht, den Tatbestand sich nicht vorgestellt hat (unbewußte Fahrlässigkeit). Und diesen rein psychologischen Teilen des — mit der Ausdrucksweise des Vorsatzes gesprochen — „Wissens aber Nicht-Wollens" oder „Nichtwissens und Nichtwollens des Tatbestandes" tritt jetzt zum Zwecke der Beurteilung der in diesen psychologischen Merkmalen zum Ausdruck kommenden Einstellung des Täters das Element des „Sollens und Könnens" oder vollständiger gesagt: das Element des „Andershandelnsollens- und -könnens" oder noch anders ausgedrückt: der Zumutbarkeit einer anderen inneren, auf Vermeidung des äußeren Erfolges gerichteten Einstellung gegenüber, derart, daß man sagt, hätte der Täter, der zwar den Erfolg nicht gewollt, ihn sich aber vorgestellt hat, auf Grund dieser Erfolgsvorstellung eine andere innere Einstellung, nämlich den Willen zur Unterlassung seines objektiv gefährdenden Verhaltens haben sollen und können, dann hat er fahrlässig und zwar bewußt fahrlässig gehandelt, oder um auf die Schuldmöglichkeit der unbewußten Fahrlässigkeit abzustellen: Hätte der Täter, der an den objektiv strafrechtlichen Erfolg seines Verhaltens nicht gedacht und ihn darum auch nicht gewollt hat, bei Berücksichtigung aller Tatumstände diese Erfolgsvorstellung und sodann auf Grund dieser Erfolgsvorstellung auch den Willen zur Unterlassung seines objektiv gefährdenden Verhaltens haben sollen und können, dann hat er ebenfalls fahrlässig und zwar unbewußt fahrlässig gehandelt. Bewußt fahrlässig handelt, wer zwar den Erfolg nicht gewollt, ihn sich jedoch vorgestellt und auf Grund dieser Erfolgsvorstellung sich zu einem anderen inneren, zur Vermeidung des äußeren Erfolges führenden Verhalten hätte motivieren lassen sollen und können. Unbewußt fahrlässig handelt derjenige, der weder an den Erfolg gedacht noch ihn gewollt hat, jedoch an den Erfolg hätte denken und sodann den entsprechenden Willen zur Unterlassung des gefährlichen äußeren Verhaltens hätte fassen sollen und können. Bewußte Fahrlässigkeit ist Wissen aber Nichtwollen, unbewußte Fahrlässigkeit ein Nichtwissen und Nichtwollen

des Erfolges bei gleichzeitiger Verpflichtung und Fähigkeit, ein anderes inneres zur Vermeidung des äußeren Erfolges führendes Verhalten einzuschlagen. Und diese Verpflichtung und Fähigkeit, diese Zumutbarkeit eines anderen inneren zur Vermeidung des äußeren Erfolges führenden Verhaltens ist es, die im Falle des Notstandes wegfällt und damit die Fahrlässigkeitsnegation des Notstandes begründet. Der Nottäter ist deshalb auch in fahrlässiger Beziehung schuld- und straflos, weil ihm unter den gegebenen objektiven und subjektiven Tatumständen: der Einschränkung auf zwei extreme, außerhalb des normalen Verlaufs der Dinge liegende Handlungsmöglichkeiten, der Dringlichkeit des Falles, der übermäßigen Erregung und Anspannung seiner Gefühle, den Unregelmäßigkeiten der Vorstellungs- und Denkfunktion, der Unwiderstehlichkeit des Selbst- oder Arterhaltungstriebes ein anderes inneres Verhalten, nämlich der Wille zur Unterlassung der Nottat und zum Verzicht auf Rettung der körperlichen Integrität oder des Lebens seiner selbst oder eines seiner Angehörigen nicht zugemutet werden kann. Der oben erwähnte Arzt ist deshalb in fahrlässiger Hinsicht schuld- und straflos, weil ihm bei der Gesamtheit der objektiven und subjektiven Tatumstände, insbesondere seiner äußeren und inneren Zwangslage, der Wille zur Unterlassung der Fahrt nicht zugemutet werden konnte. Und ebenso handelt der Straßenpassant, der bei seiner Flucht unwissent- und unwillentlich strafrechtliche Tatbestände erfüllt, deshalb nicht fahrlässig, weil er in seiner objektiven und subjektiven Notlage die Erfolgsvorstellung seines Verhaltens und demgemäß auch den Willen zu einem anderen Verhalten nicht aufbringen konnte und sollte oder besser gesagt: nicht aufbringen konnte und brauchte. „Nicht - anders - handeln - können - und - brauchen", „Nicht - verpflichtet - und - imstandesein", Unzumutbarkeit ist der Grund für die Schuld- und Straflosigkeit des Nottäters in fahrlässiger Hinsicht und damit umgekehrt: „Sollen-und-Können", „Verpflichtet-und-imstandesein", Zumutbarkeit das dem Notstand entsprechende Fahrlässigkeitselement.

Damit wäre an sich und im wesentlichen das Verhältnis von Notstand und fahrlässiger Schuld geklärt und die vorliegende Untersuchung könnte insoweit als abgeschlossen angesehen werden, wenn es nicht noch drei sehr bedeutsame Schlußfolgerungen aus diesem soeben festgestellten Ergebnis zu ziehen gelte.

Die erste dieser Schlußfolgerungen betrifft die Schuldtheorie Franks und die von Frank durchgeführte Verallgemeinerung des Schuldelementes der äußeren Freiheit oder Tatherrschaft[58]). Diese Maßnahme muß nunmehr nach den soeben getroffenen Feststellungen, wenigstens vom Standpunkte des Verhältnisses von Notstand und Fahrlässigkeit, als überflüssig angesehen werden. Einer solchen Verallgemeinerung bedarf es angesichts der Tatsache, daß die Fahrlässigkeit in Gestalt der Zumutbarkeit bereits ein dem Notstand entsprechendes Schuldelement enthält, nicht mehr und dies um so weniger, als dieses Fahrlässigkeitselement der Zumutbarkeit in seinem Bestandteil des Könnens dem Element der äußeren Freiheit sowohl inhaltlich als auch seiner Bedeutung nach sehr nahe kommt. Denn dieser Bestandteil des Andershandelnkönnens ist inhaltlich nichts anderes als eine Art Freiheit oder Tatherrschaft oder umgekehrt: das Element der Freiheit nichts anderes als ein Element des Andershandelnkönnens. Dies ergibt sich nicht nur aus den Ausführungen und Erörterungen Franks bei der Begründung und Rechtfertigung seines Elementes der Freiheit, in denen er bisweilen[59]) schon rein terminologisch den Begriff der Freiheit durch den des Könnens und umgekehrt den der Unfreiheit durch den des Nicht-anders-handeln-könnens ersetzt, sondern vor allem und in erster Linie auch aus einem Vergleich der beiden Elemente selbst, insofern als nämlich in jeder Freiheit ein Anders-handeln-können liegt, in jeder Unfreiheit aber ein Nicht-anders-handeln-können, und umgekehrt jedes Anders-handeln-können eine Freiheit voraussetzt und das Nicht-anders-handeln-können gewöhnlich auf Unfreiheit beruht.

Der Unterschied ist lediglich der, daß das Element oder der Begriff der Freiheit etwas enger und spezieller ist und sich unmittelbar und zunächst nur auf eine Eigenschaft der menschlichen Willensfunktion erstreckt, während dem Begriff oder Element des Könnens der gesamte innere Zustand des Täters zugrundeliegt, der Begriff des Könnens

58) Es wird dabei wiederum die 15.—17. Auflage des Kommentars zugrundegelegt. Die neueste, 18. Auflage spricht zwar auch noch von einem Element der äußeren Freiheit, läßt es aber zugunsten einer allgemeinen Erklärung der Schuld als Vorwerfbarkeit wieder etwas in den Hintergrund treten.

59) So in II 1 vor § 51 (15.—17. Auflage).

also etwas allgemeiner und umfangreicher ist. Ein zweiter Unterschied ist der, daß der Begriff der Freiheit mehr den Charakter einer Tatsachenfeststellung, der des Könnens mehr den einer Wertung trägt; und drittens und schließlich der, daß neben dem zunächst rein subjektiv, auf den konkreten Täter abgestellten Teilelement des Könnens noch ein mehr objektives, auf ein Durchschnittsmaß abgestelltes Teilelement des Sollens steht, das das rein subjektive Element des Könnens zu einem Begriff der Zumutbarkeit objektiviert[60]).

Diese Unterschiede sind jedoch mehr sekundärer Art, zumal wenn man bedenkt, daß bei der Feststellung der Freiheit oder Unfreiheit eines Täters auch die übrigen psychologischen Vorgänge, soweit sie die Freiheit oder Unfreiheit betreffen, berücksichtigt werden müssen, bei der Beantwortung der Frage des Könnens oder Nichtkönnens auch die Frage der Freiheit des menschlichen Willens eine wichtige Rolle spielt; daß ferner auch der Begriff der Freiheit eine gewisse Wertung, nämlich der die Freiheit oder Unfreiheit begründenden Tatsachen, und der des Könnens eine gewisse Tatsachenfeststellung[61]) enthält. Und drittens und schließlich, daß auch der Begriff der Freiheit oder Unfreiheit, wie oben bei der Betrachtung von Notstand und Vorsatz ausgeführt, die Tendenz nach einer gewissen Objektivierung zeigt, insofern als der wissent- und willentlich handelnde Nottäter deshalb schuldlos ist, weil er als Durchschnittstäter das von der Rechtsordnung normalerweise geforderte Maß an Widerstandsfähigkeit nicht aufbringen kann.

Jedenfalls, wie dem auch im einzelnen sei, Tatsache ist, daß die beiden Begriffe der äußeren Freiheit und des Könnens bezw. der Zumutbarkeit, sich inhaltlich sehr nahe kommen, daß sie sich ohne Schwierigkeit gegenseitig ersetzen lassen und nur zwei äußerlich verschiedene und verschieden abstrahierte Ausdrucksformen desselben Gedankens sind, nämlich des Gedankens, daß Voraussetzung jedes schuldhaften Handelns die an ein gewisses Durchschnittsmaß regulierte Fähigkeit ist, ein anderes inneres, zur Vermeidung eines objektiv gefährlichen Erfolges führendes Verhalten einzuschlagen und überall dort keine

60) So Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch, S. 25/26 und Wegner in JR. 1925, S. 582; ferner Mannheim, S. 42/43 u. 45.

61) Siehe hierzu: Freudenthal, „Schuld und Vorwurf", S. 12 o.

Schuld vorliegt, wo der Täter dieses Durchschnittsmaß an Fähigkeit nicht hatte.

Die zweite Schlußfolgerung betrifft die Schuldtheorie Goldschmidts[62]), deren charakteristisches Merkmal eine allgemeine, zu den bisherigen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbestandteilen hinzutretende, im Falle einer Verletzung eine besondere Pflichtwidrigkeit begründende Pflichtnorm ist; sie wendet sich an das innere Verhalten der Rechtsunterworfenen und besteht in der allgemeinen Aufforderung, sich durch die vorhandene oder mögliche Erfolgsvorstellung eines Verhaltens zu einer anderen Willensbetätigung motivieren zu lassen. Dieser Theorie kann jetzt nach den vorangegangenen Feststellungen eine gewisse Berechtigung, wenigstens was die fahrlässige Schuld anbetrifft, nicht abgesprochen werden, insofern als die fahrlässige Schuld in der Tat in dem Begriff des Sollens eine solche sich an das innere Verhalten der Rechtsunterworfenen wendende Pflichtnorm, im Falle einer tatsächlichen oder möglichen Vorstellung des tatbestandlichen Erfolges ein anderes inneres Verhalten einzuschlagen, enthält.

Der Mangel der Goldschmidtschen Theorie ist nur der, daß Goldschmidt diese Pflichtnorm außerhalb und neben die bisherigen Bestandteile der Fahrlässigkeit stellt, während sie tatsächlich in die Fahrlässigkeit hineingehört und dort bereits vertreten ist; und sodann der, daß er das neben dieser Pflichtnorm stehende Element des Könnens völlig übersehen hat[63]). Die Zuwiderhandlung gegen eine Pflichtnorm allein kann niemals eine Schuld und ein Unwerturteil über den Täter begründen. Ein solches würde den Charakter einer Erfolgshaftung in sich tragen. Auf das Können des Täters, seine Fähigkeit im konkreten Falle der Pflichtnorm nachzukommen, kommt es an. Sollen und Können — beide sich in gewisser Hinsicht ergänzend und ausgleichend — objektive und subjektive Gesichtspunkte begründen das Schuldurteil, wenigstens das der Fahrlässigkeit. Das objektive Element des Sollens allein genügt nicht.

62) „Der Notstand, ein Schuldproblem", insbes. § 2, S. 17, 19, 20; § 3, S. 21, 26.

63) Anders neuerdings in dem Aufsatz, „Normativer Schuldbegriff" in der Festgabe für Reinh. Frank, S. 428, insbes. S. 442. Hier ist der einseitige Gedanke der Pflicht oder des Sollens durch den der Freiheit oder des Könnens zu einem solchen der Zumutbarkeit ergänzt und damit eine Angleichung an die Schuldlehre Franks und Freudenthals herbeigeführt worden.

Die dritte Schlußfolgerung ist die bedeutsamste; sie lautet: ist es so, daß das für den Vorsatz geforderte Element der äußeren Freiheit oder Tatherrschaft nichts anderes als eine besondere Erscheinungsform der Zumutbarkeit und des in der Zumutbarkeit enthaltenen Elementes des Könnens ist oder umgekehrt, daß das Können oder die Zumutbarkeit nichts anderes als eine Art Freiheit ist, dann ist damit der gemeinsame Grundgedanke von Vorsatz und Fahrlässigkeit gefunden. Er liegt darin, daß nur der Täter schuldhaft, und zwar sowohl vorsätzlich wie fahrlässig schuldhaft handelt, der die Verpflichtung und Fähigkeit hat, ein anderes inneres, zur Vermeidung des äußeren Erfolges führendes Verhalten einzuschlagen, dem ein anderes Verhalten zuzumuten ist. Zumutbarkeit ist das gemeinsame Element von Vorsatz und Fahrlässigkeit und damit das Schuldelement überhaupt. Damit ist die Heterogenität der beiden Schuldmöglichkeiten beseitigt und das eigentliche Schuldproblem gelöst; gleichzeitig aber auch das Problem des Notstandes; denn jetzt enthalten beide Schuldmöglichkeiten oder Schuldarten ein dem Notstand entsprechendes Schuldelement — vorausgesetzt, daß keine ernsthaften Hindernisse gegen die Anerkennung des Elementes der Zumutbarkeit auf Seiten des Vorsatzes bestehen, und dies festzustellen, wird Aufgabe des nächsten Teils der Untersuchung sein.

§ 7.

V. Die endgültige Normierung des Notstandes als Entschuldigungsgrund.

Die beste und zweckmäßigste Methode, sich mit der Frage der endgültigen Anerkennung des soeben nochmals propagierten Vorsatzelementes der Zumutbarkeit oder des Sollens-Könnens zu befassen, ist die der Erörterung und gegebenenfalls Widerlegung bestimmter einzelner Einwände. Hierbei lassen sich im großen Ganzen zweierlei Einwände unterscheiden: einmal solche praktischer oder zweckmäßiger Art, d. h. solche, die die allgemeine Untauglichkeit oder Unzweckmäßigkeit des Elementes der Zumutbarkeit, insbesondere aber seines Teilbestandteiles des Könnens geltend machen, und sodann solche vorwiegend theoretischer oder rechtlicher Art, d. h. solche, die sich auf rechtliche Gründe stützen und die positiv rechtliche Zulässigkeit dieses Elementes bestreiten.

Was zunächst, um die Linie der Zweckmäßigkeitsbetrachtungen fortzuführen, die Einwände der ersten Art anbetrifft, so bestehen sie im wesentlichen darin, daß sie dem in Vorschlag gebrachten Vorsatzelement der Zumutbarkeit und hier wiederum dem Element des Könnens eine erhöhte Unsicherheit der Rechtsordnung, eine Auflösung des Schuldbegriffs, eine Verweichlichung des Strafrechts u. a. m.[64]) oder um mehr tatsächlich feststellend zu sprechen: eine weitgehende Relativierung des Vorsatzes und damit des Schuldbegriffs überhaupt zum Vorwurf machen.

Diese Vorwürfe sind, wie ohne weiteres zuzugeben ist, zum Teil berechtigt und zutreffend; sie enthalten zumindesten einen richtigen Kern. In ihrer Schlußfolgerung, der allgemeinen Ablehnung der Zumutbarkeit als Schuld- und Vorsatzelement, sind sie jedoch unbegründet.

Sie sind zunächst insofern zutreffend, als der Begriff des Könnens und daher auch der der Zumutbarkeit ein sehr unbestimmter und relativer ist; was für den einen

64) So besonders M. Liepmann, der in Z. 43, S. 713 (Literaturbericht zu Freudenthal „Schuld u. Vorwurf") von einer Aushöhlung und Verweichlichung staatsbürgerlicher Pflichten, und Großmann, der Seite 8/9 von Feminismus und Subjektivismus spricht.

Beurteiler noch ein Können oder eine Zumutbarkeit ist, kann für den anderen schon ein Nichtkönnen und eine Unzumutbarkeit sein; was unter diesen Tatumständen ein Nichtkönnen oder eine Unzumutbarkeit ist, kann bei einer kleinen Veränderung der Sachlage zu einem Können und einer Zumutbarkeit werden; was heute allgemein als Können oder Zumutbarkeit gilt, kann morgen durch eine kleine Verschiebung der materiellen Rechtsgrundlagen (Staat, Gesellschaft, Wirtschaft) zu einem Nichtkönnen und einer Unzumutbarkeit werden. Abhängigkeit von dem einzelnen Beurteiler, seiner Zeit und den jeweiligen Umständen des Einzelfalles, das ist die typische Eigenart der Begriffe Können und Zumutbarkeit, eine Eigenart, die sich im Falle der endgültigen Anerkennung dieser Begriffe als Vorsatzelemente naturgemäß auch auf die vorsätzliche Schuld übertragen würde. War die vorsätzliche Schuld bisher eine beschränkte Tatsachenfeststellung, nämlich Feststellung eines oder auch zweier psychologischer Merkmale, die als Wertung des Einzeltäters galt, so würde sie nunmehr nach einer endgültigen Anerkennung der Zumutbarkeit eine solche Wertung werden, insofern als nämlich dieses Element der Zumutbarkeit eine Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Tatumstände des Einzelfalles gestattet und fordert.

Daß eine solche persönliche, zeitliche und vor allem sachlich relative Wertung neben dem Vorteil, den sie unzweifelhaft hat (er besteht theoretisch in der Lösung des bisher unerklärlichen Widerspruchs zwischen vorsätzlicher Schuld als Tatsachenfeststellung und fahrlässiger Schuld als reiner Wertung, praktisch in der weitgehenden Möglichkeit der individuellen Beurteilung des einzelnen Täters), auch gewisse Mängel und Nachteile in sich schließt, kann nicht bestritten werden. Die Abhängigkeit des Vorsatzurteils von dem Standpunkt des einzelnen Beurteilers und seiner Zeit kann zu einer gewissen Unbeständigkeit und Unsicherheit der Rechtspraxis führen. Die Abhängigkeit von den jeweiligen Gesamtumständen des Einzelfalles schließt die Gefahr einer übermäßigen Berücksichtigung einzelner solcher Tatumstände, und zwar sowohl nach der schuldbegründeten wie der schuldausschließenden Seite (in diesem Falle Verweichlichung des Strafrechts), in sich[65]). Insoweit müssen

65) So Liepmann und Großmann a. a. O..

die oben genannten Bedenken als durchaus berechtigt angesehen werden.

Frage ist jedoch, ob diese oder ähnliche Argumente einen ernstlichen und hinreichenden Grund für die allgemeine Ablehnung der Zumutbarkeit als Vorsatzelement bilden können? Und diese Frage ist, wie bereits angedeutet, zu verneinen.

Was zunächst die Frage der Existenz und der Tauglichkeit der Zumutbarkeit als Schuldelement ganz allgemein anbetrifft, so ist als erstes und wichtigstes Argument gegen die erwähnten Einwände festzustellen, daß eben dieses selbe Element der Zumutbarkeit, dessen Tauglichkeit und Zweckmäßigkeit hier auf Seiten des Vorsatzes in Zweifel gezogen wird, auf der andern Seite der Schuld, der Schuldmöglichkeit der Fahrlässigkeit, seit Jahren als Schuldelement besteht, praktisch angewandt wird und, wie man wohl ohne Uebertreibung sagen kann, sich auch bewährt hat. Ist dem aber so, dann wird man zugeben müssen, daß die Mängel und Nachteile, die mit einem solchen relativen Element der Zumutbarkeit verbunden sind, nicht so groß und übermäßig sein können, wie sie vielfach von den Gegnern eines derartigen Elementes hingestellt werden. Eine ablehnende Stellungnahme auf der einen Seite wegen allgemeiner Untauglichkeit und eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung auf der anderen Seite würde zumindesten einen Widerspruch bedeuten.

Eben dasselbe gilt es auch bezüglich der besonderen Eigenschaft der Zumutbarkeit, der Relativität und der darauf beruhenden freien Wertungsmöglichkeit im Einzelfalle festzustellen. Auch diese Erscheinung der Relativität und freien Wertung ist keine einmalige, die sich nur und ausschließlich auf das propagierte Vorsatzelement der Zumutbarkeit beschränken würde, sondern eine ziemlich allgemeine Erscheinung[66]), die an verschiedenen anderen sehr bedeutsamen Stellen der heutigen Rechtsordnung[66*]) bereits Eingang und praktische Anerkennung gefunden hat. Dabei ist weniger gedacht an solche einzelnen und gelegentlichen Fälle wie etwa an die besonderen Tatbestandsmerkmale der Aergerniserregung, Unzüchtigkeit, beschimpfenden Aeußerung, Gotteslästerung und Beleidigung, alles Begriffe und Elemente, deren Umfang und Inhalt nicht endgültig feststeht, ja über-

66) Vergl. Gr. z. Dohna, „Recht und Irrtum", S. 7.
66*) sc. Strafrechtsordnung.

haupt nicht endgültig feststellbar ist, sondern ebenso wie der des Könnens und der Zumutbarkeit von der subjektiven Ansicht des einzelnen Beurteilers, seiner Zeit und der jeweiligen Lage der Umstände abhängt; auch nicht an die allgemeine prozessuale Vorschrift der freien Beweiswürdigung, die in anderer, nämlich tatsächlicher Hinsicht, ein Höchstmaß an Relativität und freier Wertungsmöglichkeit darstellt, als vielmehr in erster Linie an das allgemeine Verbrechenselement der Rechtswidrigkeit, das in seiner Bedeutung und Funktion für die objektive Verbrechensseite dieselbe Stellung einnimmt wie das Element der Zumutbarkeit, falls man es anerkennen würde, für die subjektive Seite. Auch dieser Begriff der Rechtswidrigkeit ist persönlich, zeitlich und sachlich relativ im hohen Grade. Was dieser Beurteiler für rechtswidrig, d. h. den Zwecken und Verhältnissen der Rechtsgemeinschaft widersprechend oder schädlich hält, kann jener für rechtsunschädlich halten; was heute rechtsunschädlich, kann morgen bei einer Verschiebung der Verhältnisse rechtsschädlich sein und was unter diesen Umständen rechtsschädlich, kann bei einer kleinen Veränderung der Umstände wiederum rechtsunschädlich werden. Und fernerhin: auch der Begriff der Rechtswidrigkeit steht als relativer und wertender Begriff einer starren Tatsachenfeststellung, nämlich der Feststellung des objektiven Tatbestandes, gegenüber und seine Mängel und Gefahren in praktischer Hinsicht (Gefahr der Rechtsunsicherheit, Rechtsunstetigkeit, Rechtsverweichlichung) sind dieselben und nicht weniger groß als bei einem Vorsatz- und allgemeinen Schuldelement der Zumutbarkeit.

Ist dem aber so, daß die heutige Rechtsordnung bereits eine Anzahl solcher relativer Elemente mit freier Wertungsmöglichkeit im Einzelfalle enthält, insbesondere auch die objektive Seite ein solches in Gestalt des allgemeinen Verbrechenselementes der Rechtswidrigkeit, und daß diese Elemente praktische Anwendung gefunden haben, ohne daß ernsthafte Einwendungen hiergegen erhoben worden sind und erhoben werden, dann ist nicht einzusehen, warum ein solches Element ausgerechnet und allein im Falle des Vorssatzes untauglich und unzweckmäßig sein soll. Zumindesten aber gilt dasselbe, was bei dem Hinweis auf die Existenz der Zumutbarkeit als Fahrlässigkeitselement gesagt wurde, die praktischen Gefahren und Nachteile eines

solchen relativen, mit freier Wertungsmöglichkeit verbundenen Elementes können nicht so erheblich und übermäßig sein, wie sie bezüglich des Vorsatzes vielfach hingestellt werden.

Aber selbst wenn die praktischen Gefahren und Nachteile, die mit einer solchen Relativität des Begriffes Zumutbarkeit verbunden sind, erheblich größer und schwerwiegender sein sollten als hier angenommen wird, dann darf man das eine nicht übersehen — und damit kommt man zu dem dritten und ausschlaggebenden Grund, der gegen die Ablehnung der Zumutbarkeit als Vorsatzelement spricht —, daß es ein sehr einfaches Mittel gibt, die Gefahren und Nachteile der Relativität der Zumutbarkeit zu vermeiden oder wenigstens auf ein Mindestmaß herabzudrücken. Es ist dasselbe Mittel, das bei der Feststellung des zuletzt erwähnten Verbrechenselementes der Rechtswidrigkeit angewandt wird, und in einer scharfen Trennung von theoretisch dogmatischen Grundsätzen und praktischer Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfalle besteht[67]).

In den wenigsten Fällen geht man nämlich, wenn man einen praktischen Fall zu untersuchen hat, derart vor, daß man zunächst die Tatbestandsmäßigkeit feststellt und sodann und unabhängig hiervon die Frage der Rechtswidrigkeit prüft, sondern die gegebene und allgemein übliche Methode der Feststellung der rechtlichen Qualität einer Handlung ist die, daß man sofort und unmittelbar mit dem Gegebensein des objektiven Tatbestandes auch die Rechtswidrigkeit der Handlung vermutet und erst dann die Handlung für rechtmäßig erachtet, wenn ein besonderer und auch formell in gewisser Weise gesicherter Grund der Rechtmäßigkeit vorliegt. Die Tatbestandsmäßigkeit ist das Indiz der Rechtswidrigkeit[68]). Rechtswidrigkeit gilt als Regel, Rechtmäßigkeit als Ausnahme.

Auf diese Weise der Vermutung des Unwerturteils aus der Tatsachenfeststellung ist es gelungen, die praktischen Gefahren und Nachteile, die mit der Relativität des Rechtswidrigkeitsbegriffes verbunden sind, zu vermeiden, ja weit mehr, dadurch daß man diese Methode schon mit Beginn der Entwicklung der Rechtswidrigkeitslehre angewandt hat, ist man auf die Gefahren und Nachteile des Rechtswidrig-

67) Siehe hierzu Wegner in „Kriminelles Unrecht", S. 58/59.
68) M. E. Mayer, Kap. 1 B II 3, S. 51/52; Liszt-Schmidt, § 32 B I, S. 175; Gr. z. Dohna „Recht und Irrtum", S. 4; u. a. m.

keitsbegriffes erst gar nicht ernsthaft aufmerksam geworden, wenigstens nicht in dem Maße, in dem man gegenwärtig auf die angeblichen Gefahren und Nachteile des entsprechenden subjektiven Wertungsbegriffes der Zumutbarkeit aufmerksam geworden ist.

Es besteht nun nicht das geringste Hindernis, diese Methode der Trennung von theoretisch dogmatischen Grundsätzen und praktischer Anwendung der Grundsätze im Einzelfalle oder, wie soeben gesagt wurde, der Schlußfolgerung des Unwerturteils aus der vorhandenen Tatsachenfeststellung auch im vorliegenden Falle bei der Feststellung des Wertelementes der Zumutbarkeit zur Anwendung zu bringen[69]). Denn auch die subjektive Seite, wenigstens die der vorsätzlichen Delikte, weist ja einen gewissen, allerdings noch unentwickelten Tatbestand auf. Er besteht allgemein und in jedem Falle aus der Schuldvoraussetzung der Zurechnungsfähigkeit, dem psychologischen Merkmal des Wissens und Wollens des Tatbestandes und dem gegebenenfalls anzuerkennenden Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, zu denen dann in zahlreichen Einzelfällen noch derartige Sondermerkmale wie „Ueberlegung", „Absicht der rechtswidrigen Zuneigung", „Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen" und ähnliche hinzutreten.

Dieselbe Aufgabe nun, die man in objektiver Hinsicht dem objektiven Tatbestand bezüglich des Wertungselementes der Rechtswidrigkeit zugewiesen hat, kann man in subjektiver Hinsicht dem subjektiven Tatbestand bezüglich des Werturteils der Zumutbarkeit zuweisen. Auch der subjektive Tatbestand kann ein gewisses Indiz für das Vorhandensein der schuldhaften Gesinnung bilden insofern, als man mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit annehmen kann, daß ein Täter, der im Augenblick der Tat zurechnungsfähig war, ein Bewußtsein seiner Handlung und gegebenenfalls ihres rechtlichen Unwertes hatte und auch die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale der in Frage kommenden Tat aufwies, auch die Fähigkeit hatte, ein anderes inneres, zur Vermeidung des äußeren Erfolges führendes Verhalten einzuschlagen. Und nur dann wird man diese Fähigkeit verneinen, wenn ein besonderer, formell in gewisser Weise gesicherter Grund des Nichtkönnens oder der Unzumutbarkeit, z. B. ein Fall des Notstandes, vorlag. Zumutbarkeit

69) Wegner in „Kriminelles Unrecht", S. 59.

wird auch hier als Regel, Unzumutbarkeit als Ausnahme gelten können. Der Erfolg dieser Methode dürfte derselbe sein, wie im Falle der Rechtswidrigkeit. Alle die oben erwähnten Gefahren, die Gefahr der Unstetigkeit und Unsicherheit der Rechtsordnung, der Verweichlichung des Strafrechts u. a. m. werden weitgehend eingeschränkt und sind zumindesten nicht größer, als sie es ohnehin schon sind, z. B. bei der zu Hunderten von Streitfragen Anlaß gebenden Rechtsübung der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale.

Ist dem aber so, daß die praktischen Gefahren und Nachteile des Begriffes der Zumutbarkeit sich vermeiden lassen, dann wird man sie nicht mehr als einen ausreichenden Grund für die Ablehnung der Zumutbarkeit als Vorsatz- und Schuldelement ansehen können, so daß also schließlich ganz allgemein festzustellen ist, daß vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit ernsthafte Einwände gegen das propagierte Vorsatzelement nicht erhoben werden können. Alle Einwände, die erhoben werden, sind augenblicklicher und vorübergehender Natur und aus der Neuartigkeit und Ungewöhnlichkeit der vorgeschlagenen Maßnahme zu verstehen.

Als Einwände zweiter Art waren solche der positiv rechtlichen Unzulässigkeit genannt worden. Ihre Argumentation könnte etwa folgendermaßen lauten: Zugegeben, könnte man sagen, daß die strafrechtliche Erscheinung des Notstandes nach einer subjektiven Erklärung drängt, daß zu diesem Zwecke Anerkennung eines Vorsatzelementes der Zumutbarkeit erforderlich und dies auch aus sonstigen Gründen der Schuld wünschenswert ist, und daß ernstliche und dauernde Einwände der Zweckmäßigkeit nicht erhoben werden können; die vorgeschlagene Maßnahme muß jedoch aus zwei Gründen vorläufig abgelehnt werden. Der eine Grund liegt in der Existenz der Bestimmung des § 59 StGB., der eine erschöpfende Legaldefinition des Vorsatzes darstellt und keine anderweitige Regelung dieser Schuldart zuläßt; der andere besteht in der Vorschrift des § 2 Abs. 1 StGB., der die Bildung und Anwendung von Gewohnheitsrecht und anderem außergesetzlichen Recht — denn um eine solche Art von Recht würde es sich ja im vorliegenden Falle handeln — untersagt. Die vorgeschlagene Maßnahme der Anerkennung eines Vorsatzelementes der Zumutbarkeit hat lediglich Bedeutung de lege ferenda, positiv rechtliche Geltungskraft kommt ihr vorläufig nicht zu.

Auch diese Einwände oder, da es sich im großen Ganzen um ein und denselben Einwand handelt, auch dieser Einwand, kann, sofern man ihm bei der voraussichtlich nur noch begrenzten Gültigkeitsdauer der angeführten Bestimmungen, insbesondere der des § 59 StGB. überhaupt noch eine größere Bedeutung beimessen will, nicht im vollen Umfange als unzutreffend angesehen werden. Auch er enthält einen richtigen Kern. In seiner Schlußfolgerung, der Ablehnung der vorgeschlagenen Maßnahme als positiv-rechtlich unzulässig, ist er jedoch ebenfalls unbegründet.

Was zunächst die Bestimmung des § 59 StGB. Abs. 1 anbetrifft, so ist der obige Einwand insofern richtig, als diese Bestimmung in der Tat eine Vorsatzreglung enthält; wenn auch keine unmittelbare — denn unmittelbar regelt diese Vorschrift nur gewisse Kategorien des Irrtums — so doch wenigstens eine mittelbare, insofern als sich aus der Art der Verbindung von Voraussetzung und Rechtsfolge und deren Gegensatz zu der Regelung des Absatzes 2 die Schlußfolgerung ziehen läßt, daß Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände, d. h. also das viel erwähnte Wissen und Wollen des Tatbestandes, ein Bestandteil oder Erfordernis vorsätzlicher Schuld ist. Damit aber auch genug. Mehr läßt sich aus der Bestimmung des § 59 StGB. bezügl. des Vorsatzes nicht entnehmen. Jede weitere Auslegung, insbesondere auch die, daß Wissen und Wollen des Tatbestandes alleiniger Inhalt des Vorsatzes ist, die Bestimmung des § 59 StGB. also eine erschöpfende Regelung des Vorsatzes darstellt, geht über den Wortlaut und Sinn des § 59 hinaus[70]).

Nun ist allerdings zuzugeben, daß diese an sich und zunächst unrichtige Interpretation im Laufe der Zeit durch beständige Rechtsübung eine gewisse positiv-rechtliche Geltungskraft erlangt hat. Insofern kann diese Bestimmung in der Tat ein gewisses Hindernis gegen eine andere Vorsatzgestaltung bilden. Das eine darf man jedoch hierbei nicht übersehen, daß einer solchen im wesentlichen auf Rechtsübung beruhenden Vorsatzregelung eine ganz andere Wirkungskraft zukommt, als wenn es sich um eine aus-

70) Aehnlich M. E. Mayer, Kap. 5 C III 1, S. 258 ff.; Leipz. Komm. § 59, S. 317; Liszt-Schmidt, § 59 II c, S. 243; Wegner in Handwörterbuch der Rechtswissensch. 3. Bd., 1928, S. 375, und schon v. Hippel, Vergl. Darstellung, Allg. Teil, Bd. 3, S. 548.

schließlich gesetzliche Regelung, um eine Legaldefinition des Vorsatzes handeln würde. Gesetz kann im allgemeinen nur durch Gesetz geändert werden. Rechtsübung kann jederzeit, wie unzählige Beispiele der Kommentare und Spruchsammlungen der Gerichte beweisen, durch anderweitige Rechtsübung aufgehoben und abgeändert werden. Ist dem aber so, dann kann die Bestimmung des § 59 nicht mehr als ein endgültiges Hindernis für eine anderweitige Vorsatzgestaltung angesehen werden, dann kann der hier vorgeschlagenen Vorsatzgestalt auch gegenwärtig schon eine gewisse Geltungsmöglichkeit nicht aberkannt werden, insofern als sie jederzeit durch anderweitige Rechtsübung zu Anerkennung und Geltung gebracht werden kann. Insofern ist der obige Einwand der positiv rechtlichen Unzulässigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme, soweit er auf § 59 StGB. gestützt wird, als unzutreffend anzusehen.

Auch die andere Bestimmung, die des § 2 StGB., kann nicht als ein ernsthaftes Hindernis gegen die hier vorgeschlagene Maßnahme angesehen werden. Richtig ist zunächst auch hier, daß die Bestimmung des § 2 zweifellos ein Verbot von Gewohnheitsrecht und anderem außergesetzlichem Recht darstellt; Frage ist jedoch, ob dieses Verbot ein absolutes und unbeschränktes oder nur ein beschränktes ist? Und diese Frage ist im letzten Sinne zu entscheiden. Die Bestimmung des § 2 StGB. setzt nur eine Schranke in Richtung der Poenalisierung[71]). Aus dem klaren Wortlaut und Sinn des § 2 StGB. läßt sich nur der eine Schluß ziehen, daß Gewohnheitsrecht und anderweitiges außergesetzliches Recht nur dann unzulässig sein soll, wenn es zu einer Neuaufstellung oder Vermehrung der bestehenden Strafmöglichkeiten führen würde. Die anderweitige Schlußfolgerung, nämlich die, daß diese Bestimmung auch in Richtung der Entpoenalisierung eine Schranke bedeute, wird durch die Bestimmungen des § 2 und auch anderweitig in keiner Weise gerechtfertigt und würde ebenfalls Wortlaut und Sinn des Gesetzes überschreiten.

Frage ist also nur noch, ob die vorgeschlagene Maßnahme der Anerkennung eines Vorsatzelementes der Zumutbarkeit sich in Richtung einer Poenalisierung oder Entpoenalisierung auswirken würde. Und diese Frage ist im

71) So Allfeld, § 15, S. 75; Leipz. Komm., § 2, Ziff. 6; Liszt-Schmidt, § 18 II, S. 112; Wachinger in der Festgabe für Reinh. Frank I., S. 509.

letzteren Sinne zu entscheiden. Die Anerkennung eines neuen Vorsatzelementes würde die Aufstellung einer neuen Schuldvoraussetzung bedeuten. Schuldvoraussetzungen wirken sich aber stets als Hemmung oder Erschwerung der Schuldfrage im prozessualen Sinne und damit der Bestrafung aus. Und aus diesem Grunde kann die vorgeschlagene Maßnahme nicht als unzulässig im Sinne des § 2 StGB. angesehen werden, so daß sich also insgesamt ergibt: alle Einwände, die sich gegen ein Vorsatzelement der Zumutbarkeit vorbringen lassen, sind entweder unbegründet oder nur vorläufiger Natur. Weder vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit noch vom Standpunkt der Rechtmäßigkeit lassen sich dauernde und ernstliche Einwände erheben. Die Frage der endgültigen Anerkennung des Vorsatzelementes der Zumutbarkeit muß also bejaht werden. Zumutbarkeit, Sollen und Können ist das dem Notstand entsprechende Vorsatzelement und damit ganz allgemein das Element, das die Entschuldigung des Notstandes rechtfertigt.

Damit ist die Rechsnatur des strafrechtlichen Notstandes festgestellt und das erste und eigentliche Ziel der Untersuchung erreicht; gleichzeitig jedoch auch das zweite Ziel erreicht, das sich im Laufe der Untersuchung eingestellt hat, nämlich das einer Lösung des Schuldproblems, insofern als nämlich mit der endgültigen Normierung des Vorsatzelementes der Zumutbarkeit die unerklärliche Wesensverschiedenheit der beiden Schuldmöglichkeiten beseitigt ist. Vorsatz ist ebenso wie Fahrlässigkeit zu einer freien Wertung des Täters und seiner inneren Einstellung im Augenblick der Tat geworden. Nur dem Täter kann in vorsätzlicher oder fahrlässiger Hinsicht ein Schuldvorwurf gemacht werden, der in seiner Lage eine andere innere zur Vermeidung des äußeren strafrechtlichen Erfolges führende Einstellung zeigen konnte. (Können in einem an dem Durchschnittsmaßstab des Sollens objektivierten Sinne[72]), also im Sinne der Zumutbarkeit verstanden).

Ohne ein Anders-handeln-können keine Schuld und Schuldlosigkeit überall dort, wo die Unmöglichkeit besteht, ein anderes inneres und sodann auch äußeres Verhalten einzuschlagen, wie z. B. im Falle des Notstandes.

---

72) So auch Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch, S. 25/26, und Wegner in JR. 1925, S. 582.

Schluß.

§ 8.

Der strafrechtliche Notstand de lege feranda und seine Bedeutung für die Lösung.

Wäre der strafrechtliche Notstand eine in jeder Hinsicht vollkommene und in seiner Entwicklung abgeschlossene Erscheinung, könnte man sich mit den bisherigen Feststellungen über Notstand und Schuld begnügen und die vorliegende Untersuchung als beendet betrachten. Dem ist jedoch nicht so. Der strafrechtliche Notstand ist genau so wie die strafrechtliche Schuld in vieler Hinsicht noch unfertig und unvollkommen und unterliegt daher genau so wie diese mannigfachen — wegen der erschöpfenden Legaldefinition des § 54 StGB. allerdings vorläufig nur de lege feranda zu beurteilenden — Bestrebungen der Umgestaltung und Abänderung.

Diese Bestrebungen gehen, wie sich aus Rechtswissenschaft[73]) und vorbereitender Gesetzgebungsarbeit[74]) ersehen läßt, nach zwei Richtungen; einmal dahin, die ungerechtfertigt erscheinende Beschränkung des Notstandes auf Leib oder Leben des Täters oder seiner Angehörigen aufzuheben und alle Rechtsgüter oder Rechtsinteressen und alle Personen als notstandsfähig bezw. nothilfefähig zu erklären, und sodann und zweitens dahin, die auf der objektiven Indifferenz der gegenüberstehenden Interessen beruhende Möglichkeit einer allzu rücksichtslosen Ausübung des Notstandes zu beseitigen, sei es durch Aufstellung eines Erfordernisses einer erheblichen Gefahr oder eines erheblichen drohenden Schadens oder auch durch Einführung einer Verpflichtung des Täters zur Abwägung der Interessen.

---

73) H. v. Weber „das Notstandsproblem", insbes. S. 16; Großmann S. 11; Wegner, „Kriminelles Unrecht", S. 34; Heimberger in Aschrott-Kohlrausch, S. 83 u. a. m.

74) Siehe Entwürfe von 1919, 1925 und 1927; Entwurf 1919: § 22, Entwurf 1925 : § 22, Entwurf 1927: : § 25.

Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit diese Bestrebungen, namentlich die letztere, in vollem Umfange gerechtfertigt sind oder nicht und inwieweit sie Aussicht auf Verwirklichung zeigen. Eine solche Erörterung würde über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung, deren erster und wesentlicher Zweck es ist, das Notstandsproblem vom Gesichtspunkt der Schuld oder auch umgekehrt das Schuldproblem vom Gesichtspunkt des Notstandes zu lösen, hinausgehen. Wesentlich ist für die vorliegende Untersuchung nur, daß diese Bestrebungen vorhanden sind und sie die Rechtsnatur des Notstandes und die oben getroffenen Feststellungen über Notstand und Schuld unter Umständen berühren können. Und insofern bedürfen sie daher noch einer kurzen Erörterung.

Was zunächst die Rechsnatur des Notstandes anbetrifft, so besteht sie, wie oben ausgeführt, im engsten und unmittelbarsten Sinne darin, daß Notstand die Freiheit oder Tatherrschaft ausschließt, der Nottäter in seinem Notstand nicht mehr in einem normalen Maß über seinen Willen und Willensinhalt verfügen kann; einmal deswegen, weil objektiv anstelle der natürlichen Variationsfähigkeit des Verhaltens zwei unabänderliche extreme Handlungsmöglichkeiten getreten sind, und sodann deswegen, weil subjektiv der Nottäter als abstrakter Durchschnittstäter in seiner außerordentlichen Erregung und Anspannung der Gefühle, der Unregelmäßigkeit und Lückenhaftigkeit der Gedanken und schließlich dem Uebermaße seines Selbst- oder Arterhaltungstriebes nicht mehr die erforderliche Widerstandsfähigkeit aufbringen kann, von den beiden letzten Handlungsmöglichkeiten sich für diejenige zu entscheiden, die Verlust des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit seiner selbst oder eines seiner Angehörigen bedeutet. Hierin, in dieser objektiven und subjektiven Zwangslage liegt das Wesen und die Eigenart des strafrechtlichen Notstandes und an dieser Eigenart müßte sich etwas ändern, wenn sich in der Erklärung des Notstandes und seinem Verhältnis zur Schuld etwas ändern sollte.

Frage, ist dies der Fall; würde bei einer Verwirklichung der oben genannten Bestrebungen sich an dieser objektiven und subjektiven Zwangslage des Nottäters etwas ändern?

Die Frage ist teils negativ, teils positiv, in ihrem Endergebnis jedoch negativ zu beantworten; negativ zunächst insofern, als an der objektiven Zwangslage des

Nottäters offensichtlich nichts geändert wird oder geändert werden würde. Alle diese Aenderungsbestrebungen, wie sie oben angeführt wurden, gehen an der objektiven Zwangslage des Nottäters, der Beschränkung seiner Verhaltensfähigkeit auf zwei extreme, unabänderliche Handlungsmöglichkeiten vorbei und müssen an ihr vorbeigehen, weil sie an dem eigentlichen Element dieser äußeren Zwangslage, der Unabwendbarkeit der drohenden Gefahr durch eine andere als objektiv rechtsverletzende Handlung vorbeigehen. Dieses Element der Nichtandersabwendbarkeit des Notstandes bleibt erhalten und deshalb bleibt auch die objektive Zwangslage erhalten. Der Nottäter hat nach wie vor nur die beiden Handlungsmöglichkeiten der Ausführung oder der Unterlassung der Nottat.

Etwas anders ist es mit der subjektiven Seite der Zwangslage, dem Wertverhältnis der beiden Handlungsmöglichkeiten zueinander und zum Nottäter und ihrem Einfluß auf den psychischen Zustand des Nottäters. Hier würde in der Tat im Falle der Verwirklichung der oben genannten Bestrebungen, nämlich der Ausdehnung des Kreises der notstandsfähigen Güter und der nothilfefähigen Personen, eine Veränderung und zwar eine Abschwächung eintreten. Denn es ist klar, daß eine Gefahr, die sich nicht mehr auf Leib oder Leben, die beiden höchsten Rechtsgüter des menschlichen Individuums, beschränkt, sondern alle und unter Umständen geringer wertige Rechtsgüter erfaßt, und nicht mehr Rechtsgüter des Täters oder eines seiner Angehörigen, sondern auch solche dritter Personen betrifft, in ihrer Gesamtheit nicht mehr dieselbe Wirkung auf das Gefühls- und Motivationsleben des Nottäters ausüben und nicht mehr dasselbe Interesse an der Ausführung der Nottat erwecken kann. Die Erregung und Anspannung der Gefühle ist zwar auch noch vorhanden und kann in einzelnen Fällen genau so stark wie früher sein. In ihrem Durchschnitt ist sie jedoch schwächer. Und ebenso ist die Krampfhaftigkeit und Lückenhaftigkeit der Gedanken und Ueberlegungen und schließlich auch das triebmäßige Verlangen des Nottäters nach Ausführung der Nottat schwächer, da ja der stärkste Trieb der menschlichen Natur, der der Selbst- oder Arterhaltung, entweder gänzlich wegfällt — so meistens bei den Fällen der erweiterten Nothilfe — oder an Intensität nachläßt, in manchen Fällen sogar vor Ausführung der Nottat warnt. Die beiden letzten Handlungsmöglichkeiten

des Nottäters, die bei der gegenwärtigen Beschränkung des Notstandes auf Leib oder Leben des Täters oder seiner Angehörigen in einem Verhältnis starker Ungleichwertigkeit zueinander und zum Nottäter stehen, würden sich im Falle einer Erweiterung des Notstandes in ihrem Werte in gewisser Weise an- und ausgleichen. Die Möglichkeit der Unterlassung der Nottat würde größer werden und damit auch die Freiheit des Nottäters und sein Anders-handeln-können; die Unfreiheit oder das Nicht-anders-handeln-können würde schwächer werden.

Frage ist jedoch, ob hierdurch, durch diese Abschwächung der subjektiven Zwangslage oder des Elementes des Nicht-anders-handeln-könnens der Gesamtcharkter des Notstandes und damit das Verhältnis von Notstand und Schuld verändert werden würde?

Diese Frage ist zu verneinen; nicht nur deswegen, weil diese Abschwächung der subjektiven Zwangslage durch die beiden anderen Bestrebungen, die im engsten Zusammenhang mit den Erweiterungsbestrebungen stehen, nämlich durch die Bestrebungen zur Einführung eines Erfordernisses eines erheblichen Schadens und einer pflichtgemäßen Abwägung der Interessen, in gewisser Weise ausgeglichen werden würde (denn: je größer der drohende Schaden, desto größer die subjektive Zwangslage und je mehr Verpflichtungen der Täter bei der Motivation in sich fühlt, desto größer seine Unentschlossenheit und die Anspannung und Erregung seiner Gefühle), sondern vor allem auch deswegen, weil die oben getroffenen Feststellungen über die Rechtsnatur des Notstandes und das Verhältnis von Notstand und Schuld in ihrem Endergebnis nicht so sehr auf den Gedanken der Freiheit oder Unfreiheit und dem des Anders-handeln-könnens oder Nicht-anders-handeln-könnens, als vielmehr dem der Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit beruhen und dieser Gedanke neben dem Gedanken des Könnens oder Nichtkönnens noch einen solchen des Sollens oder Nichtsollens oder besser gesagt: dess Sollens oder Nichtbrauchens enthält. Sollen und Können, Verpflichtet- und Imstandesein war das wertende Fahrlässigkeitselement und damit das Schuldelement[75]), das die subjektive Natur des Notstandes begründet, überhaupt.

75) S. 58 und 72.

Und dieses in dem Gesamtelement der Zumutbarkeit liegende Teilelement des Sollens oder der Verpflichtung (beides selbstverständlich auf das innere Verhalten eines Menschen bezogen) ist es, das im Falle einer Erweiterung des Notstandes die eintretende Abschwächung des subjektiven Zwanges und des Nicht-anders-handeln-könnens aufheben oder ausgleichen würde, indem man nämlich folgendermaßen argumentieren könnte:

Gewiß, so könnte man sagen, der Nottäter, der zu Gunsten eines beliebigen Rechtsgutes und einer beliebigen Person handelt, nicht mehr nur zum Schutze von Leib oder Leben seiner selbst oder eines seiner Angehörigen, kann und wird vielleicht in vielen Fällen noch anders handeln können, einen anderen Entschluß, nämlich den zur Unterlassung der Nottat, fassen können; die Möglichkeit eines solchen Entschlusses ist jedenfalls so groß, daß man im Endeffekt nicht mehr von einer völligen Unfreiheit und einer absoluten Unfähigkeit eines Anders-handeln-könnens, auch wenn man auf den Durchschnitt der Rechtsunterworfenen abstellt, sprechen kann. Frage ist nur, ob man von ihm ein solches Anders-handeln verlangen soll, ob es insbesondere zweckmäßig und billig ist, ihm, der nicht lediglich aus rein egoistischen und persönlichen Trieben zu handeln braucht, sondern unter Umständen aus sehr hochwertigen u. unpersönlichen Motiven handelt, einen Entschluß zur Unterlassung der Nottat zuzumuten und ihn im Falle einer Zuwiderhandlung für schuldhaft und strafbar zu erklären, wenn man dem Täter, der lediglich aus egoistischen und persönlichen Trieben handelt, einen solchen Entschluß nicht zumutet und ihn im Falle einer Zuwiderhandlung für schuld- und straflos erklärt. Diese Frage ist zu verneinen; sie wird jedenfalls allgemein von den Vertretern der auf Erweiterung des Notstandes bedachten Bestrebungen verneint und zwar aus den soeben angeführten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen. Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen sind aber in erster Linie solche, die die Frage des Sollens oder Nichtbrauchens berühren. Der Nottäter, der zur Verteidigung von Ehre und Freiheit und anderen Leib und Leben nicht betreffenden Rechtsgütern und zu Gunsten anderer Personen als seiner eigenen oder seiner Angehörigen handelt, kann bei einiger Ueberwindung aller Wahrscheinlichkeit noch anders handeln; er braucht es jedoch nicht, weil auch der andere zu

Gunsten von Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen handelnde Täter es nicht braucht und die objektive und subjektive Sachlage der beiden Täter eine weitgehend ähnliche ist. Auch ihm, dem nicht nur aus rein egoistischen und persönlichen Motiven handelnden Täter, soll die Rechtswohltat des Notstandes zugute kommen, d. h. aber, das in der Zumutbarkeit enthaltene Teilelement des Sollens, das in den oben getroffenen, auf den Tatbestand des § 54 StGB. beschränkten Feststellungen etwas in den Hintergrund trat und treten mußte, tritt jetzt wieder etwas mehr in den Vordergrund, wird ein dem Element des Könnens gleichberechtigtes Korrelat des Notstandes, derart, daß bei Nottaten zum Schutze von Leib oder Leben des Täters oder einer nahestehenden Person der Gedanke des Nicht-anders-handeln-könnens, in den andern Fällen, insbesondere den Fällen der erweiterten Nothilfe, der Gedanke des Nicht-anders-handeln-brauchens den Ausschlag für die Entschuldigung des Nottäters gibt. Das bedeutet aber weiterhin und im Endeffekt: die oben getroffenen Feststellungen über die subjektive Natur des Notstandes, das Wesen der Schuld und das Verhältnis beider Erscheinungen zueinander werden durch die Bestrebungen auf Erweiterung des Notstandes nicht berührt; Zumutbarkeit bleibt nach wie vor das dem Notstand entsprechende Schuldelement und das Wesenselement der Schuld überhaupt.

Damit wäre der Kreis der Betrachtungen des Verhältnisses von Notstand und Schuld geschlossen, es sei denn, daß man zum Schluß noch erwähnen wollte, daß auch die letzte der oben genannten Bestrebungen, die nach Aufstellung einer Verpflichtung des Nottäters zur Abwägung der Interessen, keine Aenderung des soeben nochmals festgestellten Ergebnisses zur Folge haben kann. Diese Verpflichtung zur Abwägung wäre lediglich, wie bereits einmal ausgeführt[76]), subjektiver Art; sie würde sich an die psychische Seite des Nottäters, seine Motivitation und Ueberlegung wenden und hier ein größeres Maß von Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit verlangen, um eine allzu rücksichtslose Ausübung des Notstandes zu verhindern. An der objektiven Seite des strafrechtlichen Notstandes, der objektiven oder tatsächlichen Indifferenz der gegenüberstehenden Interessen würde nichts geändert werden. Der Not-

76) S. 14 und 16.

stand würde in objektiver Hinsicht nach wie vor offensichtlich rechtsschädliche und rechtsunschädliche Nottaten decken, d. h. aber: er würde als abstrakte Gesamterscheinng rechtswidrig bleiben.

Etwas anderes ist es, um auch diese Frage noch anzuschneiden, ob und inwieweit der Nottäter in seiner objektiven und subjektiven Zwangslage, insbesondere seiner Gefühlserregung und Unregelmäßigkeit der Motivitation, diese subjektive Verpflichtung erfüllen kann[77]). Diese Frage betrifft jedoch lediglich die Zweckmäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme und liegt daher außerhalb des Rahmens dieser Untersuchung. Bei einer einigermaßen vorsichtigen Abgrenzung dieser Verpflichtung im allgemeinen wie im konkreten Fall wird man ihre Zweckmäßigkeit bejahen können, zumal ja als Regulativ dieser Verpflichtung jederzeit der Gedanke oder das Element des Könnens zur Verfügung steht.

77) So verneint von Wegner in „Kriminelles Unrecht", S. 44 und JR. 579, 582. Aehnlich Kohlrausch in Aschrott-Kohlrausch, S. 26.

Lebenslauf.

Verfasser ist der Sohn des im Jahre 1930 verstorbenen Kaufmanns Carl Rabe. Er ist geboren am 18. September 1902 in Duisburg, evangelischer Konfession und erhielt im Jahre 1922 das Reifezeugnis am Breslauer Elisabeth-Gymnasium, nachdem er längere Zeit vorher das Königin Carola Gymnasium in Leipzig besucht hatte. Er studierte Rechtswissenschaft und zwar ein Semester in Tübingen und sodann sieben Semester in Breslau. Nach bestandenem Referendarexamen war er drei Jahre im juristischen Ausbildungsdienst beschäftigt. Gegenwärtig ist er preußischer Gerichtsassessor.